

teur avait autorisé l'emploi de son nom par l'emprunteur dans des jeux de Bourse; en prêtant son nom, il avait été mû par l'espoir de rentrer dans des sommes que l'emprunteur lui devait en partie pour des jeux de Bourse antérieurs; des pertes ayant été éprouvées, il intervint un prêt considérable de près de 49,000 francs, destiné à en acquitter le montant. Il résultait de là que le prêteur était engagé dans le jeu; que son nom servait de couverture au joueur; qu'il favorisait, pour en tirer profit dans une certaine mesure, les jeux de Bourse dans lesquels il était partie, comme mandant. Il est évident, dit la cour suprême, que, dans ces circonstances, le prêteur n'était créancier que d'une dette de jeu; il fallait donc lui appliquer l'article 1965; en décidant le contraire, l'arrêt attaqué avait ouvertement violé la loi (1).

221. Nous avons supposé jusqu'ici des prêts faits au joueur avant le jeu ou pendant qu'il se livre aux opérations aléatoires de la Bourse. Si le prêt est consenti après que le jeu est consommé, et pour permettre au perdant d'acquitter sa dette, le prêt est étranger au jeu; alors même que le prêteur saurait que les sommes qu'il avance sont destinées à payer une dette de jeu, la convention n'en est pas moins valable. En effet, la loi légitime le paiement des dettes de jeu, en refusant au perdant le droit d'agir en répétition; le prêt a donc une cause légitime: ce qui est décisif. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

222. Les opérations aléatoires de la Bourse ne se font pas directement par les joueurs, elles se font par des intermédiaires qui ont mandat de jouer et de payer. De là la question de savoir si les mandataires ont action contre les mandants. Si le mandat comprend tout ensemble le pouvoir de jouer et de payer, il n'y a aucun doute, le mandat a pour objet le jeu, et il ne peut pas naître d'action d'un contrat de jeu; l'article 1965 reçoit, dans ce cas, directement son application. La jurisprudence est constante; nous y

(1) Cassation, 15 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 224), après délibéré en chambre du conseil.

(2) Voyez les autorités citées par Pont, t. 1, p. 321, n° 647.

reviendrons plus loin, en traitant des marchés à terme. La question est tout autre lorsque le perdant donne mandat de payer à une personne qui est restée étrangère au jeu. Ce mandat n'a rien d'illégitime, pas plus que le prêt contracté pour payer une dette de jeu. Le mandant paye par l'intermédiaire du mandataire; or, le perdant a le droit de payer, donc le mandat qu'il donne de payer est valable, et par suite, le mandataire a action contre le mandant.

§ III. Des marchés à terme.

NO I. QUAND LES MARCHÉS A TERME SONT-ILS UN JEU?

223. Les valeurs cotées à la Bourse, marchandises ou effets publics, ont une valeur variable. Quand elles font l'objet d'une vente au comptant, cette variation est indifférente: le prix est fixé au cours du jour, c'est une vente ordinaire. Il n'en est pas de même quand la vente est à terme; le cours du jour où la vente a lieu peut être inférieur ou supérieur au cours du jour où se fait la livraison; cette différence entre les deux cours forme une chance, favorable ou défavorable, selon que l'on est vendeur ou acheteur, et selon qu'il y a baisse ou hausse. Les marchés à terme ont donc un caractère aléatoire. Est-ce à dire qu'ils soient illicites, à raison de cette chance de gain ou de perte que les parties subissent? Non, car la loi ne réprouve pas les contrats aléatoires, elle les sanctionne au contraire; il n'y a d'exception que pour le jeu, c'est-à-dire pour les conventions qui ont pour objet un gain que les parties cherchent dans le hasard. Or, les marchés à terme, par eux-mêmes, ne sont pas un jeu: c'est une vente qui doit être suivie de livraison, à l'échéance du terme, pour le prix qui a été convenu, quand même le prix aurait varié dans l'intervalle entre le marché et son exécution. Toute fois les marchés à terme peuvent cacher un jeu; cela arrive quand les parties contractantes n'ont pas l'intention d'acheter ni de vendre; lors de l'échéance du terme, il ne se fait aucune livraison, il y a seulement lieu à régler les *différences* qui résultent de la variation des valeurs au profit de

l'une ou de l'autre des parties. Lorsque le marché à terme déguise un jeu, il est certain qu'il tombe sous l'application des lois qui réprouvent le jeu, ou qui du moins refusent toute action aux joueurs. Reste à savoir quand le marché est sérieux, et quand il n'est qu'un jeu.

Déjà, dans l'ancien droit, ces questions avaient soulevé de nombreuses difficultés; des arrêts du conseil, du 24 septembre 1724, du 7 août 1735, du 2 août 1785 et du 22 septembre 1786 avaient essayé de les résoudre et d'empêcher les manœuvres pratiquées par les joueurs pour éluder des dispositions qui tendaient à proscrire les jeux de Bourse. Dans le dernier état de la législation, antérieure à 1789, on admettait la validité du marché à terme, mais sous des conditions très-rigoureuses : il fallait que le vendeur fût en possession des titres au moment de l'engagement, qu'il fit le dépôt préalable de ces titres, et que l'échéance ne dépassât pas deux mois. Tout marché à terme qui ne réunissait pas ces conditions était réputé fictif, assimilé au jeu et réprouvé comme tel (1).

224. Les arrêts du conseil sont-ils encore obligatoires? En France, la jurisprudence a varié, elle a fini par se prononcer pour l'abrogation (2). On a aussi invoqué ces arrêts en Belgique, mais il a été jugé qu'ils n'avaient jamais été légalement publiés, de sorte qu'ils ne pouvaient avoir de force obligatoire (3). La cour de Bruxelles dit très-bien que ces arrêts sont en opposition avec les principes que le code civil consacre. D'après l'article 1130, les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, il est donc permis de vendre des marchandises ou effets publics que l'on ne possède pas lors de la vente, ce qui exclut la nécessité du dépôt. La loi prévoit le cas de ventes faites à terme, et elle règle les effets du défaut de délivrance (art. 1610); ce qui est également incompatible avec la législation des arrêts du conseil. Il y a encore incompatibilité entre l'article 422 du code pénal de 1810 et l'ancien droit. Sur ce

(1) Voyez ces arrêts dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Marché à terme*, § II. Comparez Pont, t. I, p. 302, n° 628.

(2) Pont, t. I, p. 304, n°s 630 et 631, et les arrêts qu'il cite.

(3) Bruxelles 30 mars, 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 107).

dernier point, il faut remarquer que les articles 421 et 422 du code français n'ont pas été reproduits par notre nouveau code pénal; il suit de là, d'abord qu'il n'y a plus de pari ni de jeu qui soit considéré comme un délit criminel, tandis que l'article 422, toujours en vigueur en France, punit comme un délit toute convention de vendre ou de livrer des effets publics que le vendeur ne pourra prouver avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison : le code pénal assimile ces conventions à un pari fait sur la hausse ou la baisse des effets publics, et le punit d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 500 francs à 10,000 francs. Le code pénal ne punissait pas le marché qui avait pour objet des denrées; il y avait donc des paris ou des jeux prohibés et punis, il y en avait qui étaient licites, en ce sens qu'ils n'étaient pas punis, quoique les conventions fussent de même nature. Cette distinction répand quelque incertitude sur la jurisprudence française et sur la doctrine des auteurs. Elle disparaît dans notre droit belge.

225. Il est donc constant que le marché à terme est en lui-même une convention valable; il n'existe plus de présomption légale de jeu comme il y en avait en vertu des arrêts du conseil. La cour de cassation a consacré ce principe : « Des marchés à terme, en vue de bénéfices à réaliser sur la variation des cours des effets publics, peuvent être sérieux et dès lors légitimes; ils n'impliquent donc pas nécessairement et par eux-mêmes la présomption légale ou la preuve du jeu (1). » Ces conventions restent sous l'empire du droit commun : sérieuses, elles sont valables : fictives, elles constituent un jeu et sont, par suite, destituées d'action. C'est ce que la cour de cassation dit encore : « En principe, les marchés à terme d'effets publics ou de marchandises sont valables lorsqu'il sont réels et sérieux. La loi ne prohibe que ceux qui servent à déguiser des opérations de nature à se résoudre nécessairement en *différences*, par l'effet de la volonté originnaire des parties, et

(1) Rejet, chambre civile, 26 août 1868 (Dalloz, 1868, 1, 439).

qui constituent dès lors des opérations de jeu (1). » On reste aussi sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la preuve. Puisqu'il n'y a plus de présomption légale de jeu, la preuve incombe au demandeur qui soutient que l'opération est fictive et déguise un jeu. Vainement a-t-on soutenu que les probabilités et, par suite, la présomption étaient en faveur de la fiction. La cour de Lyon avoue qu'à la Bourse le nombre des marchés fictifs excède démesurément celui des marchés sérieux; tout en déplorant cette funeste tendance, la cour ajoute qu'il se fait cependant tous les jours des marchés sérieux, et qu'il suffit de ce fait pour que la fiction ne soit pas *a priori* présumée (2). Il y a un argument plus péremptoire: c'est qu'il n'y a pas de présomption *a priori*, c'est-à-dire légale, sans loi. Et à défaut de présomption dispensant le demandeur de la preuve qui est à sa charge, il faut appliquer la règle élémentaire de l'article 1315 qui impose au demandeur le fardeau de la preuve. En cette matière plus qu'en toute autre, la preuve est difficile, mais la difficulté de la preuve ne modifie pas le droit.

226. Sous un autre rapport encore les marchés à terme fictifs restent sous l'empire du droit commun. D'après la législation française, les marchés à terme fictifs sur les marchandises ou denrées ne constituent pas un délit, tandis que les marchés à terme fictifs sur les effets publics sont punis par le code pénal. Les articles 421 et 422 du code pénal de 1810 étant abrogés en Belgique, il n'y a plus de différence entre les divers marchés fictifs, aucun n'est un délit, mais tous sont soumis à la disposition de l'article 1965, qui refuse toute action pour dettes de jeu. Ces dettes ont donc toutes la même nature; si elles ne sont pas des délits, si en ce sens elles sont licites, on peut dire aussi, au point de vue du droit civil, qu'elles ont une cause illicite dans le sens de l'article 1133; car les conventions de jeu sont contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public, et partant, ces conventions ne peuvent avoir aucun

(1) Rejet, 1^{er} avril 1856 (Daloz, 1856, 1, 148).

(2) Lyon, 30 juillet 1869 (Daloz, 1870, 2, 11).

effet d'après l'article 1131. Sous ce rapport, l'abrogation des articles 421 et 422 du code pénal de 1810 n'a apporté aucun changement au droit civil.

227. Il y a de nombreux arrêts qui admettent la validité des marchés à terme quand ils sont sérieux. Nous empruntons quelques exemples à la jurisprudence. Un négociant donne ordre d'acheter une certaine quantité d'esprit, nommé 3/6, pour être livrée à différentes époques. Ces achats furent faits par l'intermédiaire d'un courtier. Des bordereaux en forme constataient, de la part du vendeur, l'obligation pure et simple de livrer la marchandise au terme convenu, et l'obligation de l'acheteur de prendre livraison et de payer comptant à l'échéance. Après avoir pris livraison d'une partie des 3/6 achetés, le négociant refusa de recevoir les livraisons qui devaient suivre, par le motif que l'achat fait pour son compte n'avait eu pour objet qu'un jeu de Bourse. Quant aux bordereaux du courtier qu'on lui opposait, il les écartait en disant que ces écrits constataient bien l'achat et la vente, mais n'établissaient pas la preuve de la vérité du contrat. Sans doute, dit la cour de Bordeaux, les écrits ne prouvent pas la réalité et la sincérité de la convention; mais aussi, la simulation prétendue étant une espèce de dol, c'est à celui qui l'allègue à en faire la preuve. Il fallait dire que c'est toujours au demandeur à faire la preuve, c'est donc à celui qui soutient qu'un marché sérieux en apparence cache une opération de jeu, de le prouver. Or, dans l'espèce, le négociant qui opposait l'exception de jeu n'avait pas prouvé son allégation; son propre fait témoignait contre lui, puisqu'il avait reçu une partie des denrées achetées pour son compte. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

On voit que le soupçon de jeu est exploité par les parties qui, lors du contrat, n'entendaient pas jouer et qui refusent de tenir les marchés qui leur deviennent désavantageux. La jurisprudence n'offre que trop d'exemples de cette mauvaise foi qui déshonore le commerce. Des facteurs à la halle aux blés font, pour le compte de deux boulangers

(1) Rejet, 29 novembre 1836 (Daloz, au mot *Jeu-Pari*, n° 21, 2°).

et sur leurs ordres, des achats et ventes de farines livrables en 1846 et 1847. Ceux-ci refusèrent de tenir leurs engagements, en alléguant qu'ils n'avaient eu pour objet qu'un jeu sur la hausse et sur la baisse des farines, dont le résultat devait être réglé d'après les différences des cours. Il a été jugé que les marchés étaient sérieux et que la *mauvaise foi* des boulangers, qui alléguaient un fait qu'ils ne prouvaient point, ne pouvait faire annuler les engagements que les facteurs avaient contractés sérieusement et dont l'inexécution leur causait un grave préjudice (1). Ces mêmes reproches de mauvaise foi ont retenti plus d'une fois devant les tribunaux de Belgique : on tient le marché à terme quand il est avantageux, on le rejette quand il devient préjudiciable par la variation du cours, en prétendant que l'opération est un jeu. Il faut s'en tenir rigoureusement au principe consacré par la cour de cassation : le marché à terme par lui-même est valable, à moins qu'il ne déguise une opération de jeu. C'est au demandeur à prouver qu'en contractant les parties n'avaient pas l'intention, l'une de vendre, ni l'autre d'acheter, qu'elles n'avaient d'autre objet que de jouer sur la hausse et la baisse ; si cette preuve n'est point faite, le marché sera maintenu (2).

228. Les mêmes principes s'appliquent aux marchés à terme qui ont pour objet des effets publics. En théorie, il est certain que l'on doit considérer comme licites les opérations à terme sur les effets publics, à la seule condition qu'elles soient sérieuses, c'est-à-dire qu'elles tendent à la délivrance réelle des titres et ne cachent pas des marchés fictifs et de jeu. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (3). Mais ici se vérifie malheureusement la vérité de ce que dit la cour de Lyon (p. 250, note 2) ; il y a peu d'arrêts qui maintiennent des marchés sérieux faits sur des fonds publics, tandis qu'il y en a beaucoup qui annulent les conventions fictives que l'on fait journellement à la Bourse.

(1) Paris, 14 août 1847 (Daloz, 1849, 2, 214). Comparez Paris, 17 mars 1849 (Daloz, 1849, 2, 169).

(2) Bruxelles, 7 avril 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 126). Gand, 3 août 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 214). Bruxelles, 11 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 284), et 11 janvier 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 93).

(3) Rejet, chambre criminelle, 19 janvier 1860 (Daloz, 1860, 1, 40).

Ce sont les effets publics sur lesquels de préférence on joue, parce que les chances de hausse et de baisse sont journalières. Cela n'empêche pas de maintenir le principe de la cour de cassation : les marchés à terme par eux-mêmes sont valables, à moins que l'on ne prouve qu'ils déguisent une opération fictive et de jeu. Un agent de change reçoit ordre d'acheter 150 actions du chemin de fer du Nord, livrables, par les vendeurs, le 15 août, ou même plus tôt, à la volonté de l'acheteur, contre paiement de 46,987 fr. L'agent de change lève les titres et les fait offrir à l'acheteur par exploit d'huissier. Sur le refus de l'acheteur de les recevoir, l'agent fait revendre les titres par la chambre syndicale à la Bourse du 23 août ; la perte résultant de cette vente est portée, au compte du débiteur, pour solde de 4,762 francs, dont l'agent de change réclama le paiement. L'acheteur répond que l'on ne saurait voir des opérations sérieuses dans les ordres par lui donnés, qu'il s'agissait de spéculations sur les différences, ne donnant lieu à aucune action. Cette défense ne fut pas admise. La cour de Paris décida qu'il n'était pas justifié que les opérations qui avaient eu lieu entre les parties fussent des jeux de Bourse. Cela était décisif. C'était au défendeur qui opposait l'exception de jeu à prouver qu'il y avait jeu ; dès qu'il ne fournissait point cette preuve, il devait succomber dans son exception (1).

229. Nous avons supposé des marchés à terme sérieux, et il s'en fait surtout en matière de denrées. Toutefois les opérations fictives ne manquent point. Le 8 juin 1846, un négociant en farines vend à un boulanger 1,200 sacs de farine, livrables par 100 sacs de quinzaine en quinzaine, en juillet, août, septembre, octobre, novembre et décembre. Le lendemain, 9 juin, le même boulanger vend au même négociant 1,200 sacs de farine de même provenance livrables de la même manière et aux mêmes époques. Ces deux marchés, dit la cour de Paris, n'étaient évidemment pas sérieux ; si on les avait pris au pied de la lettre, les deux

(1) Paris, 25 avril 1849 (Daloz, 1849, 2, 215). Comparez Bruxelles, 16 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 102).

dettes se seraient éteintes par compensation au moment même où elles se formaient. Pour donner un sens aux conventions des parties, il fallait y voir des spéculations sur la baisse ou la hausse des farines. C'est effectivement ce qui résultait d'un arrêté de compte du 7 septembre 1846 comprenant cinq quinzaines, et, par conséquent, le règlement du prix de 500 sacs de farine; les parties s'étaient tenu compte seulement des différences des prix des deux marchés. Depuis, le boulanger refusa de tenir ses engagements en opposant l'exception de jeu. Il y était fondé en droit, dit la cour, malgré sa mauvaise foi, les faits de la cause prouvant suffisamment que la double opération intervenue entre les parties n'avait pour objet qu'un jeu et un pari. La cour ajoute que si les marchés à terme fictifs doivent être annulés comme *illicites*, la morale et l'intérêt public réclament une application plus sévère encore de ces principes quand il s'agit, comme dans la cause, de jeux et de paris dont le résultat pourrait être d'altérer le cours régulier des denrées alimentaires et de première nécessité, et d'augmenter ainsi les besoins et les souffrances de la population (1). Cette décision est l'application des principes que nous avons posés (n° 225); la cour qualifie d'*illicites* les marchés à terme fictifs, bien qu'il s'agit de denrées; convention qui n'est pas punie comme un délit, mais elle est fondée sur une cause illicite.

230. Les marchés fictifs sur les effets publics sont de beaucoup les opérations les plus nombreuses qui se fassent à la Bourse, au dire de la cour de Lyon, bien placée pour en juger. Mais les joueurs ont intérêt à donner à leurs marchés toutes les apparences de conventions sérieuses, d'abord pour échapper à la peine prononcée par le code pénal (art. 422) contre les paris sur les effets publics, et, abstraction faite de ces poursuites, pour donner au gagnant une action, action que la loi refuse aux dettes de jeu. De là des difficultés de fait souvent très-grandes pour distinguer les marchés sérieux des marchés fictifs. Nous empruntons un exemple à la jurisprudence de la cour de cas-

(1) Paris, 14 août 1847 (Daloz, 1849, 2, 215).

sation. La cour commence par dire quels sont les marchés sérieux : ce sont ceux qui tendent à la délivrance et au paiement réel des titres, peu importe que le vendeur les ait possédés lors de la vente ou qu'il n'en soit devenu possesseur qu'au temps de la livraison, car c'est précisément dans ce dernier cas qu'il y a avantage à conclure un marché à terme; la loi protège ces conventions, comme elle protège tous les contrats par lesquels les hommes peuvent se procurer les objets qui leur sont nécessaires. Mais la loi ne saurait accorder sa protection à des opérations de Bourse qui empruntent mensongèrement la forme des marchés à terme et cachent, en réalité, le jeu et ses spéculations hasardeuses. Le code pénal de 1810 qualifie de pari ces spéculations sur la hausse et sur la baisse; il comprend sous ce nom tout ce qui est jeu. Pour distinguer le jeu des spéculations sérieuses, le juge doit apprécier les actes et les faits, sans s'arrêter à la forme extérieure que les parties ont donnée à leurs actes, car ces formes ont pour objet de tromper la justice en faisant passer comme sérieux des ventes et des achats fictifs. Dans l'espèce, deux personnes, par l'intermédiaire d'un agent de change, s'étaient portées acheteurs à terme et plus tard vendeurs d'une quantité considérable de valeurs et effets publics de toute nature; pour deux mois seulement la liquidation s'était résumée en un solde à leur perte de près de 27,000 francs. L'arrêt attaqué constatait que jamais les contractants n'avaient pris livraison des actions qui avaient été achetées pour eux; ils reconnaissaient eux-mêmes qu'ils n'avaient pas eu l'intention de se mettre en possession des titres, se proposant de payer, à chaque échéance, la différence que présenterait le cours des valeurs. Ainsi, de leur propre aveu, leur but était de spéculer sur des *différences*; c'est le terme technique dans le langage de la Bourse que l'on serait tenté de comparer à un argot. Interrogés en justice sur les fonds avec lesquels ils auraient pu remplir leurs engagements, en les supposant sérieux, ils avaient été dans l'impossibilité d'indiquer des moyens suffisants. En réalité, ils n'avaient remis à l'agent de change que l'inscription destinée à le couvrir des différences; nous reviendrons sur cette *couverture*.

L'objet de la spéculation des contractants, joint à l'état de leur fortune, ne laissait guère de doute sur la nature de leurs conventions : c'étaient des jeux de Bourse. Ils avaient cependant donné à leurs opérations le nom de *marché à terme*; c'était une apparence trompeuse et faite pour tromper. Est-ce un acheteur que celui qui ne peut ni ne veut prendre livraison ou lever les titres? Est-ce un vendeur que celui qui ne livrera jamais la chose vendue, parce que le prétendu acheteur n'a pas de quoi payer le prix? L'une des parties ne veut pas plus vendre que l'autre ne veut acheter. Ce que les contractants ont en vue, c'est le paiement des *différences*. On dira que dans le marché à terme il y a aussi une spéculation et une chance de gain ou de perte. Sans doute, mais dans les marchés sérieux la perte ou le gain se réalisent par l'exécution que reçoivent les contrats; tandis que dans les marchés fictifs il n'y a pas d'exécution de la vente, le vendeur ne livre pas et l'acheteur ne paye point; la spéculation porte uniquement sur la chance bonne ou mauvaise résultant de la variation des cours; les parties ne spéculent que sur ces *différences*, et la convention se borne à les payer; c'est la partie qui a la chance contre elle qui paye, comme un joueur ou un parieur qui perd; l'autre partie gagne au jeu. Tout se résume donc en une spéculation sur des *différences*; la vente prétendue est l'apparence trompeuse imaginée pour échapper au code pénal et à l'application de l'article 1965.

Viennent maintenant les objections, c'est-à-dire les combinaisons inventées pour donner la couleur d'une convention sérieuse à ce qui n'est que jeu ou pari. On soutient qu'à l'aide du report et à chaque échéance les opérations devenaient effectives. Il en est du report comme du marché à terme, c'est une forme empruntée à des opérations sérieuses pour déguiser des opérations fictives. Le report devient l'instrument des jeux de Bourse; en permettant de reculer sans cesse la réalisation des marchés, il favorise le spéculateur hasardeux qui profite de ce nouveau terme pour courir de nouveaux hasards. Il est vrai que le reporteur prend livraison, ici est l'objection des joueurs; mais, dit la cour, le reporteur annule immédiatement l'effet de la

livraison par une revente à terme qui se fait au même instant et maintient le reporté dans la situation qu'il s'était faite. Donc le report, loin de prouver le sérieux du marché, met à nu la fiction et le jeu.

Les joueurs font une autre objection et se prévalent des opérations de l'agent de change pour en induire qu'il y a eu livraison réalisée et, par suite, possession des titres. Sans doute l'agent de change, chargé d'acheter, achète; il reçoit donc les titres, mais il n'en fait jamais la délivrance aux parties, celles-ci ne peuvent en disposer; si elles les revendent et livrent les titres, c'est par la volonté et le consentement de l'agent de change; tout ce que fait l'agent de change est sérieux dans la forme, et, en ce qui concerne les joueurs, tout est fictif au fond; la propriété des prétendus acheteurs est purement nominale : comment deviendraient-ils propriétaires alors qu'ils n'ont jamais voulu l'être? Si l'agent de change détient les valeurs, il n'en résulte nullement que sa possession se communique à ceux qui, se servant de son nom et de son intervention, poursuivent le jeu et rien que le jeu; l'agent de change détient, mais, pour sa sûreté, il vend les titres et la différence est payée par le perdant; quant à l'agent de change, il est d'ordinaire couvert d'avance par la remise de deniers ou d'effets destinés à solder les différences. Il est donc vrai de dire, c'est la conclusion de la cour, que les parties n'ont jamais possédé les titres vendus, qu'elles n'ont pu subir que la perte ou réaliser le gain des *différences* amenées par l'écart des cours; qu'attendant ce résultat des seules chances du hasard, ils sont des joueurs véritables; que leurs opérations sont illicites et nulles et, de plus, punies comme délits par le code pénal de 1810 (1).

231. Quand les parties intéressées ont recours à tant d'artifices pour tromper la justice, c'est un devoir pour l'interprète de recueillir les témoignages que fournit la jurisprudence et qui peuvent guider le magistrat dans la décision des procès sans cesse renaissants que suscitent des jeux auxquels la bonne foi préside rarement. Les principes

(1) Rejet, chambre criminelle, 9 mai 1857 (Dalloz, 1857, 1, 146)

de droit sont d'une grande simplicité. Quand le marché est-il fictif? quand est-il sérieux? Il est sérieux quand l'une des parties entend vendre et l'autre acheter; or, pour qu'il y ait vente, il faut qu'il y ait transport de propriété de la chose qui fait l'objet de la vente; le vendeur doit donc avoir l'intention de transporter la propriété des titres à l'acheteur et d'en recevoir le prix, et l'acheteur doit avoir l'intention d'acquiescer cette propriété moyennant le paiement du prix. Si, lors de la convention qualifiée de vente, l'acheteur n'a pas l'intention de devenir propriétaire des effets publics qu'il charge un agent de change d'acheter, et si le vendeur, de son côté, ne veut pas en transmettre la propriété à l'acheteur, il n'y a pas de vente réelle; l'opération est fictive, elle n'a pas pour objet un transport de propriété, donc ce n'est pas une vente; dans l'intention des parties, il n'y a rien qu'une spéculation sur la variation des cours. Voilà le marché fictif; c'est en ce sens que la cour de cassation le définit: ce sont des marchés qui servent à déguiser des opérations de nature à se résoudre nécessairement en *différences*, par l'effet de la volonté originaire des parties. C'est un jeu (1).

232. La volonté originaire des parties, dit la cour. Il faut donc que l'intention des deux parties soit de jouer pour qu'il y ait marché fictif. Cela résulte de l'essence même des conventions; elles se forment par un concours de consentement. De même qu'il ne peut y avoir de vente réelle que par le concours de volontés des parties, dont l'une veut vendre et l'autre acheter, de même il ne peut y avoir de vente fictive ou de jeu que par le concours de volontés; seulement ici les volontés concourent pour feindre ou pour jouer. Lors donc que l'une des parties vient dire qu'elle n'a pas entendu traiter sérieusement, cela suffira-t-il pour qu'il y ait un marché fictif, un jeu? Non, certes; il faut être deux pour jouer, ou pour faire une convention fictive, comme il faut être deux pour faire un contrat réel; il n'y a un perdant que s'il y a un gagnant. En admettant donc la vérité de la déclaration que fait l'une des parties d'avoir voulu

(1) Rejet, 1^{er} avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 148).

jouer, il n'en résulte pas que l'opération soit un jeu: la partie qui a entendu traiter sérieusement aura une action, puisque l'autre partie a feint, de son côté, de traiter sérieusement. Celle-ci n'a pas fait connaître, en contractant, son intention de jouer; si elle pouvait ensuite dire qu'elle a voulu jouer, elle romprait un contrat en apparence sérieux: ce serait un moyen facile de tromper, et la loi ne prête pas la main au dol. On dira à celle des parties qui vient soutenir qu'elle a joué: « Si votre intention n'était pas de contracter sérieusement, il fallait en prévenir l'autre partie contractante, laquelle a eu l'intention de faire un contrat sérieux. En gardant le silence et en faisant une convention sérieuse en apparence, vous avez trompé celui avec lequel vous avez traité; vous devez répondre des suites de votre dol en exécutant la convention, sérieuse en apparence, que vous avez souscrite. » Dans ce cas, la vente produira ses effets au profit de la partie qui aura agi de bonne foi; la morale est d'accord avec le droit pour le décider ainsi.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Si les deux parties, dit la cour de Poitiers, sont convenues qu'aucune d'elles ne pourra être contrainte à faire ou à recevoir livraison, et que l'opération se résoudra nécessairement en un paiement de *différences*, suivant le cours à l'époque du marché et à celle de la livraison, dans ce cas il y a jeu, et aucune des parties n'aura une action en justice. Il peut aussi arriver, ajoute la cour, que l'une des parties veuille faire sincèrement un acte de commerce, vente ou achat, et que l'autre ait eu la volonté de jouer; dans ce cas, la justice doit protéger le commerçant et faire exécuter le contrat contre le joueur qui a caché ses intentions. Dans l'espèce, des négociants en farines avaient vendu à un cafetier, se disant négociant, mille sacs de farines des six marques, livrables à Paris en mars et avril prochains et payables comptant. L'acheteur, cafetier de petite ville, ne possédant qu'une maison qu'il n'avait point payée, était dans l'impossibilité de payer, non-seulement les 80,000 francs de son marché, mais même la différence des cours, pour peu qu'elle fût importante; cela ne l'empêcha point d'acheter, dans le même temps et aux mêmes conditions, trois autres

mille sacs de farine, ce qui faisait porter ses spéculations sur plus de 300,000 francs, alors qu'il n'avait pas 1,000 fr. à sa disposition. Il est donc certain que l'acheteur n'entendait pas acheter; il voulait seulement jouer, et il ne possédait pas même sa mise au jeu. Le vendeur, au contraire, faisait des affaires importantes, et, de son côté, le marché était sérieux (1).

233. D'ordinaire la partie qui prétend n'avoir pas traité sérieusement se repent du marché, parce que les chances tournent contre elle; la déclaration d'avoir voulu jouer, alors que l'autre partie exécute sérieusement le contrat, mérite donc peu de foi; en tout cas, elle est inopérante. Un agent de change fait, depuis le mois de septembre 1867 jusqu'au mois de janvier 1869, diverses opérations d'achats et de vente pour un employé de la société Langrand-Dumonceau, fameuse en Belgique pour avoir voulu christianiser les capitaux, ce qui a abouti à ruiner les croyants. L'agent de change, créancier d'une somme de 3,231 francs, actionna l'acheteur; celui-ci soutint que les opérations constituaient un jeu de Bourse. Il ne suffit point, répond la cour de Bruxelles, d'alléguer qu'il y a jeu, il faut le prouver; et si celui qui oppose l'exception de jeu ne prouve pas que réellement les marchés étaient fictifs, il doit succomber. Encore ne suffit-il pas que le spéculateur établisse qu'il a réellement joué à la hausse ou à la baisse sur les valeurs qui ont fait l'objet des opérations; il faut, en outre, qu'il soit établi que l'autre partie contractante à laquelle le moyen est opposé s'est constituée la *contre-partie* du jeu; s'il s'agit d'un agent de change, il faut qu'il ait su qu'il prêtait son ministère à des opérations fictives. De là la cour conclut que si l'agent de change a cru faire des opérations sérieuses qui, dans sa pensée, devaient être suivies de la livraison des titres, il se trouve à l'abri de l'exception. Le défendeur n'ayant pas fait cette double preuve qui lui incombe, le marché restait ce qu'il était en apparence, sérieux, et il devait recevoir son exécution (2).

(1) Poitiers, 19 mars 1863 (Daloz, 1863, 2, 214).

(2) Bruxelles, 3 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 353).

Deux négociants achètent à terme une certaine quantité d'huile de pétrole. Le vendeur refuse de tenir le marché, en prétendant qu'il s'agit d'une opération fictive de jeu. Cette prétention ne fut pas admise. En supposant, dit la cour, que, dans l'intention du vendeur, la vente ne fût qu'un jeu, il faudrait encore prouver que les acheteurs entendaient également jouer; or, le défendeur qui oppose l'exception de jeu et qui devrait en prouver le fondement, n'administre pas cette preuve; et toutes les probabilités de la cause militent en faveur des acheteurs, négociants sérieux, et qui, à la même époque où ils traitaient avec le défendeur, achetaient une grande quantité d'huiles de pétrole et en prenaient livraison. C'était encore une fois un vendeur qui, voyant la chance tourner contre lui, voulait se dégager de ses obligations en prétendant qu'il avait joué (1).

234. Celui qui invoque l'exception de jeu doit prouver que l'intention des parties, lors du contrat, était de faire une opération fictive. Le point de savoir quelle est l'intention des parties contractantes est une difficulté de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause. Il est de principe qu'en ces matières les cours d'appel jouissent d'un pouvoir souverain (2). Ce qui ne veut pas dire que la cour de cassation ne puisse pas apprécier les faits tels qu'ils ont été constatés par le premier juge, et casser même sa décision s'il en a tiré une conséquence légale qui est contraire à la loi; nous en avons cité des exemples. Telle est d'ailleurs la règle générale.

Quant à l'intention des parties, ce doit être l'intention *originnaire*, comme le dit la cour de cassation (n° 231), c'est-à-dire l'intention qu'elles avaient en contractant. Ce qui a parfois trompé les tribunaux, c'est que, dans les longues relations qui existent entre l'acheteur de denrées et le commissionnaire qui les lui vend, il se fait parfois des règlements que les parties appellent de différences; et ce mot technique, qui désigne d'ordinaire des conventions fictives, semble indiquer que les parties ont réellement joué. Des

(1) Bruxelles, 3 mars 1866 (Daloz, 1867, 2, 118). Comparez Bruxelles, 10 avril et 24 juillet 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 236 et 339).

(2) Rejet, chambre criminelle, 9 mai 1857 (Daloz, 1857, 1, 146).

opérations sincères, dit la cour de Bruxelles, n'excluent pas des compensations; et celles-ci, lorsqu'elles s'opèrent sur des valeurs inégales, entraînent nécessairement des différences. Mais de là on aurait tort de conclure que les opérations étaient fictives; ce ne sont pas les règlements de compte qu'il faut prendre en considération pour décider s'il y avait jeu, il faut considérer l'intention commune des parties lorsqu'elles contractent (1).

235. Les nombreux procès qui s'élèvent sur les marchés à terme prouvent que la passion du jeu ne va pas en diminuant. C'est un signe des temps : les croyances morales font défaut à ceux-là mêmes qui prétendent avoir le monopole de la morale, et à eux plus qu'à tous autres. Dans un pareil état social, les hommes n'ont plus qu'une passion, celle des jouissances matérielles, et pour s'y livrer il leur faut de l'or à tout prix. Il est bon de citer des faits qui pourront servir de leçon; ce seront au moins des leçons de droit qui profiteront au magistrat dans ces matières ténébreuses. Nous emprunterons à la jurisprudence des exemples de conventions sérieuses et de conventions fictives; en se familiarisant avec les faits, le lecteur apprendra à distinguer la vérité et la fiction.

La vente de grains à livrer après la récolte, faite à un négociant en grains, constitue-t-elle un marché à terme fictif? Il y a évidemment marché à terme, puisque l'on vend des grains qui n'existent pas encore. Dans l'espèce, le vendeur étant tombé en faillite, les syndics prétendirent que l'opération était un jeu sur la hausse ou la baisse des grains. La cour de Metz établit très-bien que, d'après les circonstances de la cause, la vente était sérieuse, bien qu'il fût constant que le vendeur se livrait à des opérations fictives. D'abord l'acheteur était un négociant sérieux qui faisait le commerce de grains sur une grande échelle. Il était donc naturel qu'il achetât, dans le mois qui précède la récolte, des blés destinés à son commerce. L'achat litigieux ne présentait, du reste, aucune trace d'opération fictive;

(1) Bruxelles, 12 mai 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 323). Comparez Bruxelles, 23 novembre 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 90), et 7 décembre 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 45).

les marchandises vendues étaient en rapport avec la nature du commerce de celui qui les avait acquises; le contrat stipulait avec précision le lieu, l'époque et le mode de livraison des blés vendus. L'acte entraînait dans un détail qui témoignait que l'intention des parties était certainement d'exécuter le marché par la livraison effective des denrées : il imposait l'obligation à l'acheteur de rendre les toiles dans lesquelles les grains devaient être livrés. On objectait la faculté stipulée par le vendeur de ne faire ses livraisons qu'en novembre, décembre, janvier et février; c'est, au contraire, dit la cour, un indice de la vérité d'une négociation dans laquelle l'acheteur voulait donner au vendeur le temps nécessaire pour se procurer, après le battage, les grains qui faisaient l'objet du marché. La convention ne fut pas exécutée; au commencement de décembre, il était certain que le vendeur ne voulait ou ne pouvait pas livrer les grains vendus; dès lors l'acheteur devait se contenter des différences de prix à titre de dommages-intérêts. De ce que le marché se résolut en différences, on ne pouvait pas conclure que dès le principe l'intention des parties avait été de spéculer sur les différences; tous les faits de la cause témoignaient contre cette intention. Si l'acheteur dut se contenter de différences, au lieu de recevoir des grains, c'est malgré lui; ce n'était pas l'exécution de la convention primitive, c'était plutôt la conséquence de l'inexécution du marché, et ce qui se fait par suite de l'inexécution d'une convention ne peut certes pas caractériser la convention telle qu'elle devait être exécutée. La cour conclut que le caractère illicite de la convention litigieuse n'étant pas établi, il fallait la maintenir contre la masse après la faillite du vendeur (1).

La cour de Bruxelles a rendu une décision analogue dans l'espèce d'une vente d'huile de colza, également faite avant la récolte. Le vendeur, qui opposait l'exception de jeu, avouait qu'antérieurement à la vente actuelle il avait fait avec l'autre partie des marchés à terme ayant pour objet le même article, et que tous avaient été scrupuleusement exécutés par livraison des denrées et paiement du

(1) Metz, 3 avril 1856 (*Dalloz*, 1856, 2, 150).