

AVANT-PROPOS

Soutenue en 1898, il y a plus d'un siècle, juste un an avant son autre thèse en sciences politiques et économiques intitulée *L'abbé Galliani et le commerce des blés à la fin du règne de Louis XV¹*, l'étude qu'Eugène Gaudemet consacre au transport des dettes à titre particulier² reste d'une grande actualité. Elle était devenue très difficile à consulter, en sorte qu'il faut se réjouir de sa réimpression qui permet au plus grand nombre d'en prendre connaissance. Chacun pourra ainsi découvrir une œuvre majeure de la littérature juridique française, portée par une puissance démonstrative rare, puisée dans l'histoire et le droit comparé combinés pour livrer la raison d'être des règles, partant la manière de les améliorer ou de les adapter. Loin de n'intéresser que les historiens du droit et les comparatistes, la thèse répond à l'une des questions cardinales de notre époque : l'adéquation de la règle de droit à la satisfaction d'un objectif économique, le paiement sans déplacement de numéraire dans le cas précis.

À l'époque où il écrit, Eugène Gaudemet, dont l'œuvre vient d'être saluée par l'Association Henri Capitant³, est frappé par la nécessité de dégager des règles de droit permettant le financement des échanges commerciaux, de préférence par le paiement sans déplacement de numéraire. Il observe que l'Allemagne, qui rencontre cette difficulté pour le financement de son industrie en plein essor, a entrepris des recherches intenses pour dégager la solution juridique la plus adaptée. À cet effet, elle consacre la reprise de dette, qui correspond au transfert, *solo consensu*, par un débiteur primitif de sa dette envers un créancier à un nouveau débiteur ; c'est le lien de droit qui circule, sans modifications hormis des dispositions particulières relatives aux sûretés et aux moyens de défense. L'avantage pour la fluidité des transactions est tel qu'Eugène Gaudemet consacre sa thèse à convaincre de la nécessité de s'inspirer de

1. Thèse édit Rousseau, 1899.

2. Thèse, première impression par Rousseau, 1898.

3. Eugène Gaudemet, Journée de l'association Henri Capitant, 19 décembre 2013, publiée in *Hommage à Eugène Gaudemet*, Dalloz, 2014. Les grands traits de l'œuvre de l'auteur sont présentés et commentés.

ce modèle pour améliorer le Code civil français. Loin de le blâmer, il souligne que plus ancien d'un siècle, il est intervenu à une époque où ces problèmes économiques ne se posaient pas avec une telle acuité. Convaincu que la règle de droit est au service du but économique à atteindre, il expose les raisons pour lesquelles le droit français ne dispose pas d'un outil d'une telle efficacité ; il identifie la solution dans l'introduction en droit français de règles inspirées du modèle allemand mais, lucide, anticipant les réticences du législateur français, il indique comment la délégation de paiement permettrait d'approcher la solution allemande : il suffirait à la jurisprudence de modifier l'interprétation qu'elle donne de l'article 1275 du Code civil pour établir, par une inversion de la charge de la preuve, que la délégation parfaite ne vaut pas novation sauf preuve contraire de l'intention de nover. Sans l'obstacle de la novation, sans la rupture qu'elle implique entre le lien initial et celui créé pour le remplacer, il suffirait de concevoir l'engagement du délégué comme la copie conforme de celui du délégué pour réaliser le transport de la charge de la dette de l'obligation primitive.

Curieusement, cette analyse, si utile à la pratique, de nos jours encore, n'a pas été suivie d'effet. Seule la réforme du droit français des obligations, annoncée il y a peu, va dans le sens des vœux d'Eugène Gaudemet : les dispositions relatives à la délégation sont modifiées et la cession de la dette est intégrée dans le Code⁴. Ce faisant le droit privé français se doterait d'un moyen facilitant le financement de l'activité économique. La thèse rapportée ci-après fournit un indispensable outil d'évaluation de la portée exacte du dispositif en projet.

La lecture de la thèse explique comment la règle de droit contribue à donner une solution à ce problème d'ordre économique. Eugène Gaudemet développe son argumentation à partir d'exemples ; ce sont eux qui portent la démonstration de sorte que, pour chaque difficulté purement juridique, il montre comment l'intérêt pratique, à savoir l'intérêt d'améliorer la fluidité des échanges, commande la solution à retenir. Les questions qu'il développe sont, de nos jours encore, débattues : reprise du passif du fonds de commerce par le cessionnaire ; reprise des dettes personnelles, garanties par une hypothèque, par l'acquéreur de l'immeuble givré ;

4. Projet de loi n° 175 enregistré à la présidence du Sénat le 27 novembre 2013 et dispositions envisagées, rendues publiques par le quotidien économique *Les Echos* le 15 janvier 2014 : http://www.lesechos.fr/journal20140115/lec2_les_echos_business/0203232097786-droit-des-contrats-la-revolution-attendue-par-les-entreprises-enfin-sur-les-rails-642920.php.

reprise des dettes du locataire par le sous-locataire ; recours contre le voiturier substitué, ou encore la délicate question de la reprise des charges grevant des immeubles : ici il explique dans quel cas la charge, constituée par une obligation de faire pesant sur le propriétaire d'un immeuble, est cédée à l'acquéreur en même temps que l'immeuble.

Loin de procéder par voie d'affirmation, il sollicite l'histoire et le droit comparé, indissociables dans sa pensée, pour dégager la solution appropriée : l'histoire parce qu'il n'est possible d'améliorer la règle existante que lorsqu'on maîtrise sa raison d'être ; le droit comparé non pas pour recopier de manière servile la solution retenue par d'autres mais comme une source d'inspiration qui ne pourra cependant convaincre que s'il est établi que la réponse fournie peut se greffer aisément sur le système juridique français : le vérifier impose de connaître aussi l'histoire de la règle étrangère pour la mieux comprendre.

Omniprésente, l'histoire explique les raisonnements et guide les progrès à accomplir. Loin de constituer une sorte de langue morte, desséchée, l'histoire est utilisée comme une matière vivante. Pour chaque question, Eugène Gaudemet expose, à partir d'un exemple, les opinions des jurisconsultes et les solutions dégagées, depuis la Rome antique jusqu'au moment où il écrit, expliquant leur raison d'être de sorte que le lecteur peut comprendre l'évolution des solutions jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Ainsi, par exemple, il explique comment la conception de la dette, c'est-à-dire de l'obligation du point de vue passif, a évolué jusqu'à la disparition de tous les obstacles à sa transmission ; on comprend la genèse et l'évolution de la délégation, les rapports qu'elle entretient avec la novation, et l'on découvre par quelle erreur d'interprétation des dispositions en vigueur à la fin de l'époque byzantine l'on a pu affirmer, jusque dans la formulation de l'article 1275 du Code civil, que toute délégation parfaite vaut novation, bloquant par là même toute possibilité de mobiliser aisément la dette puisqu'on la soumettait aux rigidités de la novation.

Quoique considérables, ces explications ne sont qu'un aspect de la richesse de l'ouvrage. L'auteur, âgé de vingt-six ans au moment où il soutient sa thèse, propose des analyses sur des questions de la théorie générale des obligations encore discutées. Ainsi, causaliste, Eugène Gaudemet donne de la cause une définition imprégnée de l'objectif économique poursuivi ; il la distingue des mobiles et de l'objet et répond, déjà à l'époque, à la question de savoir si l'objet et la cause ne se fondent pas dans la théorie du consentement de sorte qu'il n'y a plus qu'à s'in-

terroger sur le motif impulsif et déterminant de chacune des parties à un acte. Il insiste sur la nécessité de distinguer entre l'acceptation et l'adhésion ; il explique la date de naissance de la créance du bénéficiaire de la stipulation pour autrui. S'agissant de la délégation, elle est distinguée du cautionnement en puisant dans l'histoire de l'institution ; il montre que parfois le cautionnement devient l'engagement principal et il souligne que l'abstraction de la délégation dite « *certa* » n'est pas liée à l'absence de cause mais bien aux formalités d'où sa création procède, ce qui, de nos jours, pourrait inspirer une autre analyse du caractère prétdument abstrait de la délégation certaine ; ou encore, s'agissant de la délégation imparfaite, il analyse les relations entre ces deux débiteurs que sont le délégitant et le délégué : faut-il voir deux débiteurs solidaires ou *in solidum* ? Il suggère plutôt, en avance sur son temps, que la délégation imparfaite crée une hiérarchie entre deux débiteurs, le délégué devenant le débiteur principal qui relègue le délégitant au rang de subsidiaire. Ces questions ne sont pas toutes reprises dans son admirable traité posthume sur la théorie générale des obligations et lorsqu'elles le sont, elles ne font pas toujours l'objet de développements aussi approfondis : il faut relier la thèse au traité sur la théorie générale des obligations pour saisir l'œuvre en son entier ; c'est ajouter une autre raison de se réjouir de cette réimpression.

Après avoir dégagé des appuis aussi solides, Eugène Gaudemet peut exposer comment enrichir le droit français de la comparaison des droits. Il utilise le droit comparé avec la même aisance que l'histoire. Il consacre toute la troisième partie de sa thèse à l'apport du droit allemand que, précisément, il voudrait voir servir de modèle au législateur français⁵. Ce faisant il explique les apports des droits autrichien et prussien, les solutions du droit espagnol, et les enseignements de la doctrine italienne, notamment. Chez lui la comparaison des droits n'est ni une coquetterie ni une vanité.

On trouvera enfin dans cette thèse des thèmes qu'il développera plus tard, lors des fameuses conférences données à Bâle à propos de l'interprétation du Code civil. Discrètement mais avec fermeté il livre son opinion sur le Code civil français et sur ce qui deviendra le Code civil allemand peu après la soutenance de sa thèse : « Le Code français, moins scientifiquement construit que certains Codes plus récents, tire de cette imperfection apparente des avantages réels. Rédigé par des praticiens, il ne contient que des décisions pratiques : il n'est pas un recueil

5. Troisième partie, « Théorie allemande de la reprise de dette (Schulduebernahme) », p. 429 et s.

dogmatique de formules théoriques et abstraites. La codification ainsi comprise ne fait pas obstacle aux progrès de la doctrine : les dispositions impératives de la loi peuvent présenter des lacunes ou des erreurs de détail : mais elles n'érigent jamais en dogme immuable une conception scientifique susceptible de variations et de perfectionnements. La doctrine et la pratique, au lieu de se renfermer dans une exégèse étroite, peuvent accueillir largement les idées nouvelles, qui répondent à des besoins nouveaux⁶. » Du Code allemand, dont il assiste à la genèse, il dira de la seconde version, celle qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1900, après que la première version a donné lieu à de longues et vives discussions en Allemagne, entre auteurs entre eux, et entre les auteurs et les praticiens : « Un Code contient des décisions pratiques et non des théories. La construction juridique est œuvre de doctrine, sujette à des modifications et à des progrès que le texte de la loi ne doit pas entraver. Sans doute, il importe que le législateur appuie ses solutions sur des idées théoriques très nettes ; mais ces idées, il les propose à l'interprète : il ne les lui impose pas. À cette condition seulement, la codification n'est pas un obstacle au progrès juridique. On avait vivement reproché au premier projet de Code civil d'être un recueil de formules doctrinales. La rédaction définitive réalise, à cet égard, de nombreux et incontestables progrès⁷. » Il poursuit en évoquant le discours préliminaire : « Les Codes peuvent être un auxiliaire du progrès ; ils ne doivent pas lui devenir hostiles. Il faut que leurs formules se plient aux besoins nouveaux : car elles ne valent que par leur adaptation à ces besoins. » Il termine ainsi : « N'était-ce pas, au fond, la pensée de Portalis, quand il écrivait, dans le discours préliminaire du Code civil : "Les Codes des peuples *se font* avec le temps ; mais à proprement parler, *on ne les fait pas.*"⁸ »

Alain GHOZI

Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)

6. P. 304 in fine.

7. P. 505.

8. P. 539.