

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 16 (1897)

Artikel: La revision de l'art. 121 C.O.

Autor: Rossel, Virgile

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896642>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La revision de l'art. 121 C. O.

par

VIRGILE ROSSEL, professeur à l'université de BERNE.

I.

MM. Favon et consorts ont déposé la motion suivante au Conseil national, le 20 décembre 1892, sous forme d'une adjonction à l'art. 119 *in fine* C. O.:

„Dans les jugements portant sur le paiement d'un salaire qui ne dépasse pas 200 frs. en capital, le tribunal aura le droit de stipuler, en faveur de l'employé ou de l'ouvrier créancier, un intérêt moratoire pouvant s'élever jusqu'à 3 francs par jour. Cet intérêt moratoire courra à partir du troisième jour dès la prononciation du jugement jusqu'à parfait paiement, ou, à défaut, jusqu'à ce qu'il ait atteint le double du capital adjugé.

„A partir de ce moment, il sera remplacé par l'intérêt légal.“

Cette motion tendait donc à faire reconnaître un privilège au profit de certaines catégories de créanciers — employés et ouvriers — pour paiement d'un salaire reconnu par jugement et n'excédant pas 200 francs. La disposition nouvelle à introduire dans le Code fédéral des obligations avait un caractère doublement exceptionnel, quant à la personne du créancier et quant à la nature du droit protégé, sans parler même de la valeur de ce droit limitée à 200 francs et de la qualité des débiteurs mis en cause. „On fit valoir, dit le Message du Conseil fédéral du 25 février 1896, d'une part, combien il est facile, actuellement, à un patron de profiter, par esprit de chicane, des délais que lui accorde la loi sur la poursuite, pour infliger de dures privations à l'ouvrier,

son créancier; on a émis, d'autre part, l'opinion que des inconvénients de ce genre peuvent se produire aussi pour d'autres sortes de créances, et l'on a mis en regard de pareils procédés des patrons les ruptures dolosives de contrat imputables parfois aux ouvriers." On voit que, dès le début, la motion devait se heurter à de sérieuses objections de principe. Le chef du Département fédéral de Justice et Police déclara qu'il en approuvait la prise en considération et qu'il étudierait également la question au point de vue plus général indiqué dans le cours de la discussion. Plus tard, le Conseil national renvoya au Conseil fédéral, en l'invitant à se prononcer à cet égard dans son rapport sur la motion Favon, une pétition de la Fédération des sociétés ouvrières de Genève, demandant que les délais en matière de poursuite pour paiement de salaires alloués par jugements ou transactions exécutoires, fussent assimilés aux délais établis en matière de poursuite sur effets de change.

Trois jurisconsultes furent chargés, par le Département fédéral de Justice, de préavisier sur la question. M. le juge fédéral Ch. Soldan, tout en reconnaissant que la motion et la pétition prérappelées méritaient la sollicitude du législateur, suggéra d'abord l'idée d'introduire dans le futur Code pénal suisse une disposition qui permît de réprimer, aussi bien que le délit d'usure, le refus d'un débiteur aisé de s'acquitter envers son créancier qu'il sait être dans une situation financière particulièrement difficile. Mais, en attendant, M. Soldan inclinait à penser qu'il ne serait pas impossible aux intéressés, par l'intermédiaire de leurs syndicats, d'atteindre le but proposé: les syndicats acquerraient les créances de leurs membres, rembourseraient les cédants, jouiraient de l'intérêt légal et ne courraient aucun risque. Il craignait que les résultats d'une modification du Code fédéral, dans le sens de la motion Favon, ne fussent plus ou moins illusoires et il critiquait la formule juridique adoptée. A ses yeux, la mesure provoquée ne pouvait être mise en corrélation avec les prescriptions légales sur l'intérêt moratoire, mais constituait plutôt une clause pénale judiciaire destinée à prévenir les retards du

débiteur (cfr. art. 179 et s. C. O.). Quant aux condamnations facultatives et éventuelles prévues par le nouveau texte de l'article 119, M. Soldan estime qu'elles emporteraient une extension abusive des pouvoirs de l'autorité judiciaire; ces condamnations pécuniaires ne représenteraient pas, en effet, la réparation d'un dommage éprouvé, elles ne seraient qu'un moyen de contrainte. En ce qui concerne la pétition des sociétés ouvrières de Genève, les conclusions en sont légitimes, mais il conviendrait d'appliquer la réforme souhaitée à tous créanciers exerçant des poursuites en vertu d'un jugement définitif ou d'un acte équivalent, et de n'en pas réserver le bienfait aux seuls ouvriers.

M. le professeur E. Huber, après des considérations originales sur les bases juridiques de la motion Favon, constatait que le retard du paiement d'un salaire de la part d'un patron, comme d'ailleurs la rupture du contrat de louage de services de la part de l'ouvrier, ne pouvait justifier qu'une action en dommages et intérêts et non point des peines de droit public. Cependant la notion classique des dommages et intérêts apparaît trop étroite, dans ces espèces comme dans d'autres; la législation moderne y a ajouté celle de la „composition“ de l'ancien droit, à titre de moyen supplétoire pour arriver à une réparation intégrale de tout le tort éprouvé, même de celui auquel on ne peut attribuer une valeur pécuniaire. M. Huber, passant à l'objet spécial de la motion Favon, voudrait ne pas restreindre le moyen supplétoire dont il s'agit à certains cas déterminés; il l'admettrait, d'une manière plus générale, dans toutes les circonstances où le retard dans le paiement, retard causé par la faute du débiteur, porte au créancier un préjudice qui n'est point effacé par la simple allocation de dommages et intérêts. En outre, il critique l'expression „d'intérêt moratoire,“ et il conseille de recourir à l'analogie de l'art. 55 C. O., en adaptant à la terminologie de ce texte celle de l'adjonction projetée à l'art. 119; d'un autre côté, il renoncerait à fixer un maximum de la compensation due au créancier pour laisser intacte la liberté d'appréciation du juge, il exigerait que la satisfaction complémentaire à fournir par le débiteur ne fût accordée

qu'en cas de dol de ce dernier, afin de couper court d'avance à tous jugements arbitraires, il imposerait au débiteur le fardeau de la preuve et il intercalerait le texte additionnel suivant après l'art. 121, et non sous forme de complément de l'art. 119:

„Si, en matière de salaires, d'aliments et d'autres prétentions semblables, le créancier établit qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur ou que seul le paiement de la créance à son échéance peut le préserver de cette éventualité, le juge pourra condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable qui, en cas de demeure, sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et, le cas échéant, des dommages et intérêts, à moins toutefois que le débiteur ne prouve que le retard du paiement s'est produit sans intention dolosive de sa part.“

Au demeurant, M. Huber ne voit pas la nécessité d'entreprendre une revision du Code fédéral des obligations, dans le but unique d'y introduire un texte d'occasion; et cela d'autant plus que „la règle générale énoncée à l'art. 55 C. O. s'applique aussi aux contrats et pourra être utilement invoquée par analogie, dans le cas précisément que vise l'article additionnel projeté.“ Une interprétation libérale de la législation actuelle remédiera aux abus signalés.

Ajoutons que M. Huber ne conseille point de faire droit à la pétition des sociétés ouvrières de Genève et s'élève contre une assimilation aux effets de change, des créances résultant de salaires.

Le mémoire rédigé par M. le Dr. Brüstlein expose que la motion Favon est simplement destinée à faire cesser divers inconvénients d'ordre matériel, dont se plaignent les classes ouvrières; la circonstance qu'elle tend à demander une loi d'exception ne doit pas arrêter le législateur moderne.

En ce qui touche le premier point, soit l'étendue de la responsabilité du patron, M. Brüstlein insiste sur une inconséquence des rédacteurs de notre Code fédéral, qui, à l'article 121, mettent des intérêts moratoires à la charge du débiteur, indépendamment de toute faute de sa part, et qui, si

le dommage subi excède la somme représentée par les intérêts moratoires, imposent au créancier le fardeau de la preuve d'une faute commise par l'autre partie. Aussi retrancherait-il volontiers, de l'art. 121, les mots: „s'il est prouvé qu'il y a eu faute de sa part.“ Mais, poursuit M. Brüstlein, la motion ne concerne que des créances reposant sur un acte qui a l'autorité de la force jugée; or, sauf le cas d'insolvabilité, le débiteur qui ne se libère point est toujours fautif, et ce que M. Favon réclame est déjà exprimé par notre loi. Aujourd'hui, sous l'empire de l'art. 121 C. O., tout créancier possesseur d'un jugement portant condamnation de payer une somme d'argent peut exiger du débiteur en demeure des dommages et intérêts supérieurs au montant des intérêts moratoires et comprenant le tort moral comme le tort matériel causé par le retard. L'adoption de cette première partie de la motion Favon conduirait, en définitive, comme l'a démontré M. Huber, à restreindre une responsabilité qui est théoriquement illimitée aux termes de notre loi et à créer des différences de traitement d'une choquante inégalité.

Par contre, M. Brüstlein accepte la seconde proposition de M. Favon relative à la forme éventuelle et comminatoire des jugements rendus en matière de salaires, à raison de la situation fatalement précaire du créancier; ces jugements devraient, en tout état de cause, être à l'abri de contestations ultérieures. Mais une disposition légale dans ce sens rentre plutôt dans le domaine de la procédure, et M. Brüstlein recommande aux cantons d'introduire un article ainsi conçu dans leurs Codes de procédure civile:

„Si le jugement a pour objet le paiement d'un salaire ou une indemnité à allouer à un employé congédié, le tribunal pourra, à la requête de la partie demanderesse, déterminer dans le jugement même le montant du préjudice qu'éprouverait le demandeur du fait du retard apporté dans l'exécution du jugement, et condamner le défendeur à le réparer, le cas échéant.

„Le juge déterminera librement le montant de l'indemnité à allouer à cet effet, soit à forfait, soit à raison de tant

par jour de retard, sans être tenu d'exiger la justification exacte du dommage éventuel."

Enfin, M. Brüstlein ne pense pas qu'il soit indispensable d'abréger les délais de poursuite et de faire droit aux réclamations des sociétés ouvrières de Genève.

Le Conseil fédéral, dans son Message du 25 février 1896, fait remarquer d'abord que les trois consultations aboutissent, pour des motifs différents, à des conclusions essentiellement négatives, tout en reconnaissant que la législation en vigueur est incomplète ou défectueuse. Quoiqu'il en soit, ni la motion Favon, ni la pétition genevoise ne peuvent être prises en considération telles qu'elles sont formulées. Mais les abus sont là, et il faut y chercher un remède.

Ce n'est pas d'une revision de la loi sur la poursuite pour dettes qu'il y a lieu d'attendre une solution des difficultés manifestes signalées par les auteurs de la motion et par la pétition ci-dessus. A cet égard, tout le monde est d'accord. L'idée d'abandonner la question aux codes de procédure des cantons ne semble pas pratique. La législation actuelle permettrait-elle, comme le soutiennent MM. Huber et Brüstlein, de parer à tous inconvénients? Le Message du Conseil fédéral laisse entendre que l'application directe de l'art. 55 C. O. à la faute contractuelle est inadmissible; au surplus, la jurisprudence paraît plutôt disposée à repousser cette analogie. De plus, il n'est pas nécessaire de restreindre la mesure projetée aux seuls salaires et autres créances de pareille nature, ni même à toutes les créances constatées par un jugement ou une transaction passée en justice, car il est d'autres cas dans lesquels la demeure du débiteur doit engendrer des effets identiques. Cependant, il est équitable de ne pas enlever au débiteur la faculté de se disculper et c'est une rigueur suffisante que de présumer sa faute jusqu'à preuve du contraire. Cette preuve „serait la même que celle exigée à l'art. 110, c'est-à-dire qu'elle ne serait réputée faite que si le débiteur établissait que des circonstances impérieuses, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de s'exécuter à temps, bien qu'il eût pris toutes les précautions désirables," — les conséquences

plus graves de la demeure restant subordonnées à une condition inconnue du droit actuel, à savoir le besoin du créancier.

Le Conseil fédéral n'hésite point à se déclarer pour le système d'une condamnation anticipée et éventuelle, afin d'assurer l'efficacité de la mesure proposée, puisque aussi bien cette condamnation sera exécutoire seulement si le débiteur est en demeure par sa faute. Et il propose de reviser le Code fédéral des obligations, en y introduisant un art. 121^{bis} de la teneur suivante:

„Si le créancier établit qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou s'il rend vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance peut l'en préserver, le juge compétent au principal¹⁾ devra condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable qui, en cas de demeure, sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

„Si toutefois le débiteur établit que la demeure s'est produite sans faute de sa part, il sera exonéré de cette prestation spéciale.“

II.

La question soulevée par la motion Favon n'est pas d'ordre purement académique. Elle sera reprise certainement, même si le droit civil ne devait pas être prochainement unifié, lors de la revision, qu'il n'est plus possible d'ajourner longtemps, de notre Code fédéral des obligations. Il vaut donc la peine de l'étudier et de mettre le législateur en garde contre toute solution précipitée.

Il est acquis au débat que la motion Favon est inacceptable dans sa forme primitive. Nous ne croyons pas non plus

¹⁾ Il y aurait, abstraction faite des autres critiques que nous adresserons à ce texte, un inconvénient à déterminer d'avance que le juge compétent au principal le sera pour la question des dommages et intérêts, du moins quand celle-ci forme l'objet d'une action spéciale. On pourrait ainsi obliger le créancier à intenter un procès ordinaire, avec recours en appel, alors que l'indemnité réclamée ne rendrait point, par elle-même, la cause appellable.

qu'il y ait urgence à y donner suite dès maintenant, sans attendre l'une ou l'autre des deux éventualités rappelées ci-dessus et qui se présenteront à brève échéance. Ces „revisionnettes“ de lois générales ne vont pas sans danger; accomplies sous l'impression du moment, mesures d'occasion, expédients provisoires, elles impliquent, par surcroît, le risque de détruire l'économie d'un édifice légal et d'en rompre l'harmonie. Il est permis de modifier telle ou telle disposition sur un point de détail, lorsqu'il y a urgence et que la solution préconisée rencontre une adhésion plus ou moins unanime. De délicates controverses, d'une portée théorique ou pratique considérable, veulent être discutées et tranchées avec un peu de loisir.

Mais le problème est intéressant et, comme nous venons de le dire, ce n'est pas vaine besogne que d'en aborder dès maintenant l'examen. Au reste, les propositions du Conseil fédéral nous paraissent très contestables.

„Dans le cas, porte l'art. 121 C. O., où le dommage qu'éprouve le créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires, le débiteur est tenu de réparer ce dommage, s'il est prouvé qu'il y a eu faute de sa part.“ Ce texte vise la demeure du débiteur d'une somme d'argent, essentiellement, et déroge au principe de l'art. 119 qui oblige le débiteur en retard à payer „les intérêts moratoires à cinq pour cent l'an, encore qu'un taux inférieur ait été fixé pour les intérêts conventionnels,“ abstraction faite de l'existence d'une faute à sa charge et même de l'existence d'un dommage subi par le créancier (cfr. cependant art. 120). En d'autres termes, la loi présume que le débiteur *in mora* est en faute et que son créancier a éprouvé un préjudice égal aux intérêts moratoires à cinq pour cent l'an, même lorsque la créance ne portait pas intérêts. Puis, tout à coup, par un saut de logique assez difficile à expliquer, le législateur décide que la demeure n'implique pas une faute du débiteur, ou du moins pas une faute dont la réparation puisse comprendre autre chose que les intérêts moratoires, et il impose au créancier qui a été lésé au-delà de la valeur des intérêts moratoires, la double preuve

du dommage subi et de la faute de son débiteur. Ailleurs, ce dernier, quand il est en demeure, ne peut (art. 118) s'exonérer de la responsabilité dérivant des cas fortuits „qu'en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part, ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps.“ Il y a là une contradiction réelle, dont la suppression nous conduira peut-être à donner satisfaction suffisante aux vœux contenus dans la motion Favon et aux besoins signalés par le Conseil fédéral.

Les rédacteurs de notre Code sont partis de cette idée, en arrêtant la rédaction actuelle de l'art. 121, que les dommages et intérêts découlant du retard ne consistent jamais que dans les intérêts moratoires, en matière d'obligations qui tendent au seul paiement d'une somme d'argent (cfr. art. 1153 C. civ. fr.). „Comme les différents dommages et intérêts, dit Pothier, qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligations, varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler, comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe,“ soit au profit légitime que le créancier aurait pu retirer de la somme due, si elle lui eût été payée. Mais le droit français (art. 1147 C. civ.) n'en proclame pas moins le principe que le retard dans l'exécution entraîne, s'il y a lieu, une condamnation du débiteur à des dommages et intérêts, „toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une faute étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.“ C'est aussi la règle du droit commun (*Windscheid*, II, n° 277, chif. 4).

Ainsi, le débiteur en demeure est présumé en faute. Dans les cas de dettes d'argent, il est tenu, indépendamment de la preuve d'un dommage par le créancier, à la prestation d'intérêts moratoires, pour les raisons indiquées plus haut. Cette présomption de faute ne peut être détruite que par une preuve contraire administrée par le débiteur; elle est admise sans exception. Pourquoi disparaîtrait-elle soudain, lorsque, dans

l'hypothèse de l'art. 121, le créancier établit qu'il a subi un préjudice supérieur aux intérêts moratoires? On ne sait; le législateur l'efface arbitrairement. On a voulu alléger la situation du débiteur, le mettre au bénéfice d'une mesure de protection spéciale; on a perdu de vue le créancier, dont la position n'offre souvent pas moins d'intérêt et ne mérite pas moins de sollicitude, comme le montrent les faits qui ont provoqué la motion Favon.

Le mieux ne serait-il pas de résoudre en faveur du droit, ce conflit entre le droit et la légalité? Le droit dit au débiteur en demeure: „Tu réponds des conséquences de l'inexécution au jour de l'échéance; si tu n'as pas exécuté, tu es censé être en faute, puisque tu n'as pas rempli à temps l'engagement que tu avais assumé.“ La légalité réplique: „Distinguons;“ mais son *distinguo* ne repose sur aucune base sérieuse. La vérité est que le débiteur *in mora* est en faute, par le seul fait de sa demeure, s'il ne justifie pas que son retard est imputable à une cause qui lui est étrangère: dans cette dernière alternative, la responsabilité civile cesse naturellement avec l'imputabilité.

Nous n'avons pas les scrupules du Conseil fédéral, et moins encore ceux de Mr. Huber: „Le mémoire de M. Huber, nous apprend le Message, admet que le débiteur puisse déjà se disculper en établissant n'avoir eu aucune intention dolosive; ce qui, croyons-nous, ne va pas assez loin, parce que la simple négligence, à notre avis, devrait suffire pour rendre plus rigoureuses les conséquences de la demeure. Aussi préférons-nous exiger la preuve de l'absence d'une faute, sans nous dissimuler, il est vrai, que nous aggravons ainsi considérablement la situation du débiteur.“ Cette aggravation ne nous inquiète point, puisqu'elle est commandée par la logique du système légal. Le débiteur qui n'exécute pas à l'échéance est réputé en faute, s'il ne se disculpe point; voilà la théorie de la loi, sauf à l'art. 121 C. O.

Comme nous le faisons observer dans notre *Manuel du droit fédéral des obligations* (p. 162), après avoir donné le texte de l'art. 121: „Règle bien étrange, c'est au créancier

qu'il incombe d'établir la faute du débiteur, quand il ne devrait avoir à prouver que l'existence d'un préjudice supérieur au montant des intérêts moratoires." Effectivement, on impose au créancier l'administration d'une preuve impossible, dans la plupart des cas, si l'on veut réellement qu'il établisse à la charge du débiteur l'existence d'une faute, outre la faute impliquée par le retard; ou, si le juge incline à voir déjà une faute dans le simple fait de la demeure et qu'il apprécie très libéralement la preuve tentée par le créancier, le débiteur n'en est pas moins presque obligé d'entreprendre une preuve libératoire. Il est donc plus normal, plus rationnel, d'envisager les choses telles qu'elles sont, de tenir le débiteur pour fautif dès qu'il est *in mora*, d'autoriser le créancier à réclamer la réparation intégrale du dommage que lui cause la demeure, mais de réduire le chiffre de la réparation à la valeur des intérêts moratoires, lorsque le débiteur réussit à démontrer qu'il n'est point coupable du retard.

Si nous examinons l'art. 121^{bis} proposé par le Conseil fédéral, nous voyons que l'art. 121 serait maintenu, que la preuve de la faute continuerait à incomber au créancier qui réclamerait des dommages et intérêts plus élevés que les intérêts moratoires, à moins qu'il ne justifiât „qu'il se trouve dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou qu'il ne rendît vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance peut l'en préserver." Une exception à une exception! En quoi la circonstance que la demeure peut augmenter ou déterminer l'état de gêne du créancier importe-t-elle pour décider la question de savoir si la demeure du débiteur constitue véritablement une faute? Une faute est un fait du coupable, et son existence, sinon sa gravité, ne dépend pas de la situation de la victime. D'après l'art. 121 actuel et le nouvel art. 121^{bis}, nous aboutirions à ces conclusions singulières: Le retard du débiteur d'une somme d'argent est considéré comme une faute très légère, qui entraîne uniquement un paiement d'intérêts moratoires à cinq pour cent l'an; si le créancier entend être indemnisé plus largement, il doit prouver, d'abord, qu'il a éprouvé un dommage supérieur et

ensuite, que le débiteur, déjà réputé en faute, est encore plus en faute qu'il ne lui est permis de l'être sans en être trop puni; mais si ce même créancier est dans le besoin ou court le risque d'être gêné à raison de la demeure du débiteur, dès qu'il a établi sa gêne, il n'a plus à prouver ni faute du débiteur, ni autre dommage, pour être en droit de demander „une somme équitable, qui sera due au créancier en sus du montant de la créance, y compris les intérêts, et des dommages et intérêts, s'il y a lieu,“ — comme si la gêne du créancier était adéquate à la faute du débiteur! Au surplus, ce n'est pas la seule gêne du créancier qui devrait entrer en ligne de compte ici, mais bien la conscience, chez le débiteur, que la demeure augmente ou provoque le besoin du créancier et qu'elle est malicieuse.

Certes, le créancier qui est en proie à des embarras financiers, ou qui se voit même privé temporairement de ses moyens de subsistance, ou d'une partie des ressources nécessaires à l'entretien de sa famille, par suite de la demeure d'un débiteur, est digne de toute sollicitude. Toujours est-il que le débiteur n'est responsable que de sa faute et du dommage qui en résulte; il ne devrait pouvoir être condamné à une indemnité supérieure au préjudice réellement établi, que s'il diffère de s'exécuter par esprit de mauvais vouloir et de chicane. Il ne paraît pas indispensable d'accorder, en cette matière, à côté des dommages et intérêts, le moyen supplétoire d'une véritable peine civile. Il suffit de donner à la notion des dommages et intérêts assez d'élasticité et de laisser au juge assez de latitude, pour que tous les cas imaginables puissent recevoir une solution conforme aux règles de l'équité (cfr. art. 116, applicable par analogie).

Le Conseil fédéral admet, de plus, la possibilité d'une condamnation anticipée et éventuelle, toujours sous les conditions exprimées au début de son art. 121^{bis}.

Deux alternatives peuvent se présenter:

1^o Ou bien, la créance échue n'est pas contestée, mais le débiteur est en demeure; le créancier a droit aux intérêts moratoires et, s'il veut obtenir en outre „une somme d'argent équitable,“ plus „des dommages et intérêts, s'il y a lieu,“ il

intentera un procès au débiteur et il le gagnera moyennant prouver, d'une part, qu'il se trouve dans le besoin du fait de la demeure et moyennant, d'autre part, que le débiteur ne parvienne pas à démontrer que son retard est excusable. Ici, l'art. 121^{bis} ne confère guère d'avantage sérieux au créancier qu'en ce qu'il a déplacé le fardeau de la preuve relativement à la faute. Il n'est pas question, dans cette espèce, de condamnation éventuelle et anticipée, puisque la demeure est constante depuis l'échéance et dès avant le procès; l'action de la justice doit s'exercer non en vue de l'avenir, mais du passé; l'indemnité pourra comprendre, si la demeure a provoqué la gêne du créancier, une sorte d'amende civile qui se greffera sur le dommage établi. Mais n'arriverait-on pas au même but, sans disposition légale exceptionnelle, sans rompre avec la notion des dommages et intérêts, sous l'empire de la législation actuelle, en imposant simplement, à l'art. 121, le fardeau de la preuve au débiteur? L'art. 116 nous enseigne que les dommages et intérêts embrassent „en tout cas — donc, à titre de minimum — le préjudice qui a pu être *prévu*, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution.“ Or, dans les espèces visées par la motion Favon du moins, le patron ne peut-il pas „prévoir,“ en engageant un ouvrier ou un employé sans autres ressources que celles provenant de son travail, qu'il l'acculerait au besoin en ne s'acquittant pas régulièrement envers lui? N'a-t-il pas *dû* le prévoir même? Et, puisque le dommage prévu lors de la conclusion du contrat est un minimum de réparation, puisque, d'ailleurs, en vertu de l'art. 116 alinéa 2, „il appartient au juge d'évaluer le dommage en tenant compte des circonstances,“ puisque enfin, d'après le 3^{me} alinéa du même article, il lui appartient également, „en cas de faute grave, d'accorder de plus amples dommages et intérêts,“ ne sommes-nous pas autorisé à prétendre que, dans cette première alternative et avec l'unique correctif du déplacement du fardeau de la preuve, les art. 121 et 116 protègent largement le créancier? L'art. 121^{bis} ne ressemble-t-il pas à une superfétation, ingénieuse mais artificielle, et qui crée sans motifs impérieux

l'amende civile en matière de faute contractuelle? Le créancier peut, en invoquant les prescriptions en vigueur de notre Code fédéral, et sauf la réserve faite au sujet de la preuve, obtenir de son débiteur en demeure tout ce qui lui est légitimement dû.

2^o Ou bien, la créance échue est contestée témérement — si elle l'est à juste titre, l'art. 121^{bis} est inapplicable — et le débiteur en demeure aggrave son retard en le prolongeant. Une action en dommages et intérêts, basée sur l'art. 121 modifié comme nous l'avons indiqué, et sur l'article 116 *in fine*, procurera au créancier la réparation du tort qui lui est advenu jusqu'à l'introduction de l'instance, ou même, suivant certaines procédures cantonales, jusqu'au jugement.

Mais, nous dira-t-on, il reste le préjudice que le créancier éprouvera, en sus des dommages et intérêts alloués, si le débiteur en demeure une première fois se prévaut, pour différer l'exécution du jugement, des délais de poursuite et ne paie qu'à la dernière extrémité; et même, d'après certaines procédures cantonales, le jugement ne lui aura pas accordé de réparation pour le dommage qui lui a été occasionné à compter de l'introduction de l'instance. L'objection est fondée. Seulement, l'art. 121^{bis} ne l'écarte point. Il ne s'occupe que du „paiement à l'échéance“ et de la „demeure du débiteur“ qui a *laissé passer l'échéance sans se libérer*. Il ne permet au juge de „condamner le débiteur à payer une somme d'argent équitable,“ qu'en „cas de demeure,“ — dans le cas de la demeure préalable, si nous pouvons ainsi parler, et *non pas à raison de l'inexécution du jugement*. Le but de la motion l'avon n'est certainement pas atteint; et l'art. 121^{bis} ne consacre nullement cette „condamnation éventuelle et anticipée“ qui, si nous en croyons le Message du Conseil fédéral, devrait y être explicitement autorisée. Car, encore une fois, ce qu'il vise, c'est bien la *demeure originaire* du débiteur. On n'en peut douter, à lire les premières lignes de cet article: „Si le créancier établit qu'il se trouve — non pas: qu'il se *trouverait* — dans le besoin par le fait de la demeure du débiteur, ou s'il

rend vraisemblable que seul le paiement de la créance à son échéance — donc: à son *échéance normale* — peut l'en préserver — c'est-à-dire: *aurait pu* l'en préserver — le juge compétent au principal," etc. L'art. 121^{bis} se réfère au passé, non à l'avenir; il porte sur le préjudice souffert, non sur le préjudice éventuel; il permet une condamnation rétrospective, non une condamnation anticipée. Si cette disposition devait avoir un autre sens, plus étendu, il faudrait la rédiger autrement.

Nous avons expliqué que la législation actuelle est suffisante dans tous les cas, sauf le déplacement du fardeau de la preuve, pour autant qu'il s'agit de la réparation du dommage dérivant de la demeure avant l'introduction de l'instance, ou avant la date du jugement, — les procédures cantonales divergeant à cet égard. Pour le dommage futur et éventuel, les lois existantes ne fournissent aucune sanction, si ce n'est celle d'un nouveau procès que le créancier n'aura peut-être ni le courage ni les moyens d'entreprendre. Mais d'abord, comme le fait remarquer M. Soldan, à supposer qu'on s'en tienne au point de vue de MM. Favon et consorts, „on ne saurait admettre en équité que cette condamnation éventuelle doive déployer ses effets, lorsque le débiteur peut justifier le retard par une excuse valable et l'on retombe alors dans l'inconvénient résultant de la possibilité d'un nouveau litige.“ Et puis, ce nouveau litige, si le débiteur est solvable, s'il ne retarde sa libération que par malice, le créancier pourra l'introduire aisément en se mettant au bénéfice du droit des pauvres; il est sûr d'arriver à ses fins, sans courir de risque, sans avancer de frais. Enfin, il est prudent de ne pas accorder au juge un pouvoir excessif, surtout dans l'état de notre organisation judiciaire, de ne pas substituer les fantaisies de l'arbitraire aux règles de la loi et de ne pas augmenter, sans nécessité, la part du privilège dans le droit.

Maintenons, autant que possible, la séparation naturelle entre les deux domaines des législations civile et pénale. En réalité, celui qui, dolosivement, porte atteinte aux droits d'autrui est passible d'une peine. Les faits invoqués à l'appui de la motion Favon ont un caractère délictueux; que le futur Code

pénal suisse les réprime, mais, pour le surplus, le Code fédéral des obligations remédiera aux conséquences civiles des abus signalés, dès que l'art. 121 aura subi le changement qui s'impose et sur lequel nous avons insisté. On pourra, du reste, abréger les délais de poursuite, dans la loi sur la matière, pour les créances résultant de jugements ou d'actes qui leur sont assimilés; c'est même désirable. Mais l'art. 121^{bis} n'est pas acceptable, à notre avis, du moins tel qu'il est formulé; il ne crée pas la clause pénale judiciaire à laquelle il devait tendre, et, s'il la créait, nous la tiendrions pour dangereuse.

Nous proposerions de modifier l'art. 121 comme suit, lors d'une revision générale du Code fédéral des obligations:

„Lorsque le dommage causé au créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires, le débiteur est tenu de le réparer, *s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.*“
