

L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt

par Pascal PICHONNAZ (1)
(Fribourg/Lausanne, Suisse)

Introduction

Quel que soit le système juridique envisagé, la compensation peut être définie comme un mode d'extinction des obligations qui permet à quelqu'un qui est recherché pour le paiement d'une créance (la créance principale) d'éviter d'en payer tout ou partie en invoquant une créance qu'il détient lui-même contre celui qui le recherche (la contre-créance).

1) Il s'agit du texte, très légèrement remanié, d'une intervention présentée lors de la 53^{ème} session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité qui s'est tenue à Exeter du 20 au 24 septembre 1999. Je remercie Mlle Clarisse von Wunschheim, sous-assistante à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point des notes.

En droit romain classique, la compensation était l'œuvre du juge dans les *iudicia bonae fidei* (2), celui-ci opérant lui-même la soustraction des créances réciproques et condamnant le défendeur à la différence. Dans les actions *stricti iuris*, il faut d'abord distinguer deux cas particuliers: premièrement, celui de l'*argentarius*, qui est contraint par la formule même de l'action (*agere cum compensatione*) d'opérer lui-même la compensation des créances sous peine de *pluris petitio* (3); ensuite, celui du *bonorum emptor* qui, même s'il agit par une action de droit strict, voit sa créance réduite du montant de la contre-créance par l'office du juge (*agere cum deductione*) (4). Pour les autres actions de droit strict, la compensation n'avait lieu que de manière indirecte, par le biais de l'*exceptio doli* (5). Cette *exceptio* n'avait

2) Cf. notamment Gai. 4,63; et pour tous les autres KASER MAX, *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2^e éd., München 1971, p. 644 s.; ZIMMERMANN REINHARD, *The Law of obligations*, 3^e éd., Oxford 1996, p. 761; pour une analyse détaillée, cf. encore SOLAZZI SIRO, *La compensazione nel diritto romano*, 2^e éd., Napoli 1950, p. 5 seq.; BIONDI BIONDO, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, p. 16 ss.

3) Cf. notamment Gai. 4,64; et pour tous les autres KASER, *Römisches Privatrecht*, nt. 2, p. 645; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764; pour une analyse détaillée, cf. encore SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 31 ss; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21 ss.

4) Cf. notamment Gai. 4,65; et pour tous les autres KASER, *Römisches Privatrecht*, nt. 2, p. 645 s.; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764 s.; SOLAZZI, *Compensazione*, nt.2, p. 65 ss; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 28 ss.

5) En démontrant que sa contre-créance est certaine et que c'est sans justification que le demandeur n'en a pas tenu compte pour établir le montant de sa demande, le défendeur établit le dol du demandeur (Paul. D. 44,4,8pr. [=D. 50,17,173,3]: "*qui petit quod redditurus est*") qui se voit débouter pour *pluris petitio*. L'effet compensatoire est indirect, en ce sens que, si le défendeur évoque la possibilité d'opposer l'*exceptio doli* dans la phase *in iure*, le demandeur préférera le plus souvent opérer lui-même la compensation pour

pas d'effet minutoire et ne permettait donc pas d'obtenir une compensation "directe" (6).

Dès lors, en droit classique, pour envisager la compensation en matière de dépôt, il faut présupposer l'existence d'une formule de l'*actio depositi* (*directa* ou *contraria*) *in ius concepta*, autrement dit une action de bonne foi.

En relation avec le dépôt, on peut donc envisager les hypothèses de compensation suivantes:

1° Le dépositaire (défendeur à l'*actio depositi*) refuse de restituer la chose ou ne peut plus le faire parce que celle-ci est

éviter de perdre la totalité de sa créance. Sur le rôle indirect de l'*exceptio doli*, cf. le premier PERNICE ALFRED, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil C, II/1*, (2^e éd., Halle 1895/1900), réédité Aalen 1963, p. 282; puis entre autres auteurs BIONDI BIONDO, *recension R. Rezzonico*, Iura 10 (1959), p. 312; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*, 4^e éd., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1987, p. 275; ROZWADOWSKI, WLADYSLAW, *Studi sulla compensazione nel diritto romano*, BIDR 81 (1978), p. 98; SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 133; VAN WARMELO PAUL, *Le rescrit de Marc-Aurèle à propos de la compensation*, in: Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges H. Lévy-Bruhl, Paris 1959, p. 341; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 764; et notre étude sur la question, à paraître prochainement.

6) Dans ce sens notamment ARANGIO-RUIZ VINCENZO, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, (Pubbl. Fac. di giurispr. di Modena n. 45), Modena 1930, p. 1-22 (réimpr. in: Scritti, vol. 2, Napoli 1974, p. 249-270); BEKKER ERNST IMMANUEL, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, vol. II, Berlin 1871-73 (réimpr. Aalen 1970), p. 24 s. (avec des doutes cependant); DERNBURG HEINRICH, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte*, 2^e éd., Heidelberg 1868 (réimpr. Aalen 1965), p. 193, 199 ss; KRETSCHMAR PAUL, *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, p. 22; STAMPE ERNST, *Das Compensationsverfahren in voriustinianischen stricti iuris iudicium*, Leipzig 1886, p. 79 ss.

détruite. Il s'oppose à tout ou partie de la condamnation pécuniaire en invoquant une contre-créance *ex eadem causa*, issue du contrat de dépôt, p.ex. des frais d'entretien ou de conservation.

2° Le déposant (défendeur à l'*actio depositi contraria*) refuse de payer les frais de conservation invoqués par le dépositaire en opposant le fait que la chose déposée a été endommagée par dol ou faute grave et que le déposant dispose dès lors d'une contre-créance en paiement de dommages-intérêts pour la diminution de valeur de la chose déposée. La compensation a alors lieu comme dans toute action de bonne foi.

On constate ainsi que l'exigence que connaît le droit classique d'une contre-créance issue de la même cause que la créance principale (*ex eadem causa*) pour que la compensation dans les actions de bonne foi soit possible empêche de multiplier les exemples. En effet, ce n'est qu'avec l'apparition de la procédure *extra ordinem* post-classique que la compensation *ex dispari causa* devient possible pour les actions de bonne foi (7). Ce point n'est toutefois pas l'objet de notre étude (8).

7) Dans ce sens notamment DERNBURG, *Geschichte der Kompensation*, nt. 6, p. 95; REZZONICO RENZO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, p. 26 s.; SIBER HEINRICH, *Kompensation und Aufrechnung, Ein Beitrag zur Lehre des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig 1899, p. 4 s.; THIELMANN GEORG, *Die Römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin 1961, p. 170; WUBBE FELIX, *Recension R. Rezzonico*, TR 27 (1959), p. 222.

8) Pour une présentation détaillée, cf. notre étude sur les modes de compenser à paraître prochainement.

Comme le démontrent les exemples envisagés, à partir du moment où l'action du dépôt était une action de bonne foi ⁽⁹⁾ et en raison du principe de la condamnation pécuniaire, la compensation dans le dépôt était tout à fait possible. Elle avait pour effet pour ainsi dire d'exproprier le déposant de la chose déposée en raison d'une contre-créance du dépositaire.

Si la compensation était possible en droit romain classique, de nombreuses législations modernes prévoient au contraire expressément une interdiction de compenser dans le dépôt (CO 125 ch. 1 ⁽¹⁰⁾; § 1440 ABGB ⁽¹¹⁾; CCfr. 1293 ch. 2 ⁽¹²⁾; CCesp.

9) Gaius la mentionne déjà dans sa liste des actions de bonne foi (Gai. 4,62) et en donne la formule *in ius concepta* (Gai. 4,47), alors que Cicéron (De off., 3.17.70 et Top., 17,66) ne la mentionne pas encore dans sa liste; cf. cep. ROTONDI GIOVANI, *Scritti giuridici*, vol. 2, Milan 1922, p. 42 ss, qui estime qu'au temps de Neratius, la formule rédigée *in ius* existait déjà.

10) "[Créances non compensables] Ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier: 1. Les créances ayant pour objet soit la restitution, soit la contre-valeur d'une chose déposée, soustraite sans droit ou retenue par dol".

11) "Ebenso lassen sich Forderungen, welche ungleichartige oder bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, gegeneinander nicht aufheben. Eigenmächtig oder listig entzogene, entlehnte, in Verwahrung oder in Bestand genommene Stücke sind überhaupt kein Gegenstand der Zurückbehaltung oder der Kompensation."; cf. sur cette disposition, notamment DULLINGER SILVIA, *Handbuch der Aufrechnung*, Vienne/New York 1995, p. 107 ss; ainsi que le commentaire de MEISSEL FRANZ-STEFAN, *Kein Aufwandsersatz bei rechtswidriger Zurückbehaltung*, OGH 12.11.1997, 3 Ob 31/97y, Österreichisches Juristenblatt 120 (1998), p. 303 ss.

12) "La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas: [...] 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage;"

1.200 al. 1 ⁽¹³⁾; CCit 1246 ch. 2 ⁽¹⁴⁾). Parfois, les dispositions excluent la compensation dans le dépôt et dans le prêt à usage (CCfr. 1293 ch. 2); parfois l'exclusion a lieu tant pour l'action en restitution de l'objet déposé que pour sa contre-valeur (CO 125 ch. 1); parfois, la doctrine et la jurisprudence ont interprété extensivement l'interdiction de compensation en y assimilant notamment le dépôt irrégulier (CO 125 ch. 1 ⁽¹⁵⁾); enfin, certains systèmes ont tout simplement renoncé à cette interdiction (§ 393 BGB ⁽¹⁶⁾ et NBW 6.135 ⁽¹⁷⁾).

Il m'a paru dès lors intéressant de retracer la naissance de l'interdiction de compenser dans le dépôt (I.), en soulignant le pas décisif fait par Justinien (II.), pour évoquer ensuite, à grands

13) "La compensación no procederá cuando alguna de las deudas provinieren de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario".

14) "[Casi in cui la compensazione non si verifica] La compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i casi: [...] 2° di credito per la restituzione di cose depositate (1766 e seguenti) o date in comodato (1803 e seguenti)."; cf. notamment KANNENGIESSER MATTHIAS N., *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, p. 18.

15) Cf. notamment AEPLI VIKTOR, *Art. 114-126 OR*, in: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V/1 (ZKomm.)*, Zürich 1991, CO 125 N 39; ATF 45 III 249; ATF 100 II 153, JdT 1975 I 174 (carnet d'épargne); ég. ABGB, cf. DULLINGER, *Handbuch der Aufrechnung*, nt. 11, p. 109 ss.

16) "[Keine Aufrechnung gegen Forderung aus unerlaubter Handlung] Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig".

17) "Een schuldenaar is niet bevoegd tot verrekening: a) voor zover beslag op de vordering van de wederpartij niet geldig zou zijn; b) indien zijn verplichting strekt tot vergoeding van schade die hij opzettelijk heeft toegebracht."

traits, son évolution au cours du Moyen Âge (III.) jusqu'à sa reprise dans les législations modernes (IV.).

I. La naissance de l'interdiction: la procédure extraordinaire post-classique

La compensation en matière de dépôt était théoriquement possible en droit classique ⁽¹⁸⁾. Il faut dès lors examiner à quel moment l'interdiction d'une telle compensation semble apparaître.

a) Le premier texte qui mentionne l'exclusion de la compensation dans le dépôt se trouve dans les *Pauli Sententiae*. Celles-ci précisent ce qui suit:

PS 2,12,12

In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.

Dans les affaires de dépôt, il n'y a pas lieu à compensation, mais la chose elle-même doit être restituée.

Ce texte pose des problèmes d'interprétation. BIONDO BIONDI et SIRO SOLAZZI considèrent que l'affirmation est étrange ⁽¹⁹⁾; pour eux, ce texte des Sentences pourrait être l'œuvre exclusive des Wisigoths, ce que tendrait à prouver le fait qu'il n'est pas mentionné dans la *Collatio* (10,7,1-4), qui reprend pourtant les discussions des Sentences de Paul sur le dépôt (PS

18) Coll. 10,2,5 (Modestin, 2 diff.).

19) BIONDI BIONDO, *Iudicia bonae fidei*, *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, 7 (1918/1920), p. 128; SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21.

2,12,1-4). La perplexité de ces auteurs tient avant tout au fait qu'ils considèrent que le texte se situe à l'époque de la procédure formulaire ⁽²⁰⁾. En effet, de deux choses l'une, ou bien l'*actio depositi* est une action de bonne foi ⁽²¹⁾, parce que *in ius concepta*, et le juge a alors tout pouvoir pour procéder à la compensation (Gai. 4,63) sous l'empire du principe de la condamnation pécuniaire, ou bien l'action est *in factum*, la compensation n'est pas possible (*locus non est !*), parce que l'*exceptio doli* n'a à cette époque aucun rôle minutoire. Comment comprendre dès lors l'explication donnée par le texte lui-même pour justifier l'absence de compensation: "*sed res ipsa reddenda est*"? Cette affirmation est incompatible avec les principes de la procédure formulaire. BIONDI et SOLAZZI notamment résolvent la difficulté en admettant qu'il s'agit d'un ajout ultérieur des Wisigoths.

Toutefois, selon les recherches récentes et les résultats convaincants de DETLEF LIEBS, les sentences de Paul dateraient de la fin du 3^e siècle ap. J.-C. et n'auraient cessé d'être complétées ⁽²²⁾. Il y a dès lors de bonne chance que le texte initial

20) SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 137; ég. APPLETON CHARLES, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, p. 492, qui parle du caractère "arbitraire" de l'*actio depositi* sans toutefois préciser si tel est déjà le cas en procédure formulaire.

21) Cf. Gai. 4,61-64.

22) Sur les sentences de Paul, cf. récemment LIEBS DIETER, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, SZ 112 (1995), p. 151 ss et SZ 113 (1996), p. 132 ss; pour lui, les sentences ont été rédigées à la fin du 3^e siècle ap. J.C. et constamment complétées jusqu'à la moitié du 6^e siècle; LIEBS, SZ 113 (1996), p. 132.

traitait déjà de la compensation dans la procédure de la *cognitio extra ordinem* telle qu'elle s'appliquait à l'époque de l'empereur Dioclétien (23). Or, à partir de Dioclétien et avec l'émergence décisive de la *cognitio* post-classique, on assiste à un double phénomène digne d'intérêt pour la compensation:

1° L'exécution des jugements peut être réelle, *in ipsa re*; le principe de la condamnation exclusivement pécuniaire disparaît (24).

2° Les modes de compensation, très différents en procédure formulaire selon le type de formule, s'harmonisent (25). Que l'action soit de bonne foi ou de droit strict, le défendeur peut invoquer la compensation par une objection (*exceptio*, qui n'a plus un sens technique dans cette procédure (26)); il le fait en principe au début du procès, mais également ultérieurement, p.ex. peu avant la fin du procès (27).

Ce qui est déterminant est ainsi d'avoir d'un côté une somme d'argent et de l'autre un corps certain; le terme *res* s'oppose ici à

23) PS 1,13,3, parle p.ex. expressément de la *cognitio extra ordinem* ("*extra ordinem punitur*").

24) Cf. pour tous les autres KASER MAX/HACKL KARL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2^e éd., München 1996, § 74 I.2, p. 495; § 93 II.2, malgré des textes peu nombreux sur la question; KASER, *Römisches Privatrecht*, vol. II, 2^e éd., Munich 1975, p. 511 ss; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 772.

25) Cf. KASER MAX, *Das Römische Privatrecht*, nt. 24, p. 447, ainsi que mon étude sur le sujet, en préparation.

26) KASER MAX/HACKL KARL, *Zivilprozessrecht*, nt. 24, § 73 I, p. 486.

27) KASER MAX/HACKL KARL, *Zivilprozessrecht*, nt. 24, § 89 II.2, p. 585.

pecunia. Or, par définition, la compensation n'est possible qu'aussi longtemps que l'on peut opérer une déduction entre deux choses de même genre (de l'argent le plus souvent, mais peut-être aussi du vin, du blé) (28). Or, ce que souligne les Sentences de Paul, c'est que la compensation n'est pas possible, "*locus non est*" (et non qu'elle est interdite !), parce que l'action du dépôt à une coloration *vindicatoire*; bien qu'elle soit une action issue d'un contrat, elle tend à la remise effective de la chose (29), comme la *reivindicatio*.

A mon avis dès lors, les Sentences de Paul visent uniquement à constater les conséquences de l'évolution de la procédure sur la compensation dans le dépôt. La compensation dans le dépôt n'est pas interdite, mais ne peut plus avoir lieu pour la seule raison que par l'*actio depositi* c'est la chose elle-même qui doit être restituée. Les Sentences n'interdisent donc pas la compensation, mais constate qu'elle n'est plus possible.

Cette interprétation est d'ailleurs compatible avec un texte de la *Collatio* (Coll. 10,2,5-6) qui paraît admettre un droit de rétention en matière de dépôt (30). En effet, s'il ne s'agit pas d'une interdiction de la compensation, on peut aisément imaginer que la *retentio* soit possible, mais pas la compensation.

28) Cf. pour le cas particulier de l'*argentarius*, Gai. 4,66.

29) Non seulement l'action *in factum*, mais ég. *in ius concepta*, cf. notamment EVANS-JONES ROBIN, *The penal characteristics of the actio depositi in factum*, SDHI 52 (1986), p. 105 ss, p. 160.

30) Pour SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 22 note 37, il n'y a de toute façon pas de contradiction, puisque la *Collatio* envisage l'hypothèse de l'*actio contraria*.

Les Sentences de Paul n'envisagent que l'hypothèse de l'*actio depositi directa*. En effet, la fin du passage souligne bien que la question est celle de savoir si l'on peut opposer la compensation plutôt que de restituer la chose déposée, tel est justement le contenu de cette action. En revanche, il ne traite pas de la situation de la chose déposée et détruite par dol du dépositaire. A mon avis toutefois, le fondement de l'exclusion de la compensation reposant uniquement sur la différence des genres entre les deux créances, cela permet d'admettre que la compensation était possible dans un tel cas ⁽³¹⁾.

b) On a parfois invoqué une Constitution de Dioclétien de l'an 294 ap. J.-C. pour admettre une exclusion similaire en matière de prêt à usage (*commodatum*). Dans cette hypothèse aussi, la chose devrait être restituée en nature dans la procédure *extra ordinem* post-classique:

Diocl. C. 4,23,4, (a. 294)

Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

Refuser la restitution d'un commodat sous prétexte d'une dette ne mérite pas approbation.

Ce passage est difficile à interpréter ⁽³²⁾ parce qu'il n'est pas possible de savoir, d'une part, s'il est antérieur ou postérieur aux Sentences de Paul et, d'autre part, s'il concerne la procédure

31) Dans le même sens, APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 492.

32) Cf. ég. SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 20, qui met en doute l'authenticité des termes "*debiti*" et "*non probabiliter*".

formulaire ou la procédure *extra ordinem* post-classique, puisque le règne de Dioclétien est une période charnière à cet égard. La difficulté s'accroît encore par le fait que la Constitution ne mentionne pas expressément la compensation, elle se contente de souligner que le débiteur ne peut refuser la restitution du commodat en invoquant une dette.

S'agit-il ainsi d'un cas de *retentio*, par lequel le défendeur s'oppose purement et simplement à la restitution jusqu'à ce que sa dette soit payée (33), ou doit-on au contraire considérer que la Constitution envisage un cas de compensation des créances (34)? Dans les deux hypothèses toutefois, la situation juridique est similaire; le juge est contraint d'examiner la validité de la contre-créance invoquée (*debiti*) avant de condamner le défendeur. On imagine alors aisément les abus possibles; le défendeur à l'*actio commodati* invoque de pseudo-dépenses pour contraindre le juge à examiner leur bien-fondé, retardant par là même l'échéance fatidique du jugement.

A mon avis, c'est le terme *probabiliter* qui constitue la clé de l'interprétation de ce passage. Dans notre contexte, *probabiliter*, qui signifie "que l'on peut approuver" (35) qualifie "recusatur"; il

33) Pour des hypothèses de *retentio* en matière de commodat, cf. Coll. 10,2,5 (Mod.); Paul. D. 47,2,15,2.

34) Celles-ci étaient bien entendu compensables en droit classique, cf. Gai. D. 13,6,18,4.

35) HEUMANN HERMANN G./SECKEL EMIL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s.v. *probabilis*: "zu billigen, billigenswert, erlaubt; gut, rechtsschaffen, entschuldbar"; GAFFIOT FELIX, *Dictionnaire abrégé latin-français*, Paris 1934, s.v. *probabiliter*: "avec vraisemblance, probabilité" ou "de manière à mériter l'approbation"; cf. ég.

faut dès lors comprendre le passage ainsi: le fait de refuser la restitution du commodat sous prétexte d'une dette ne mérite pas approbation. En d'autres termes, le commodat doit être restitué même s'il existe une contre-créance. Le terme *probabiliter* souligne à mon avis suffisamment que la décision est prise en équité ("billigenswert" disent HEUMANN/SECKEL) (36). Ce n'est pas tant un problème technique qui s'oppose à la *retentio*, ou éventuellement à la *compensatio*, que le fait qu'il n'est pas judicieux que cela soit possible. Dioclétien ne donne toutefois pas les raisons qui fondent sa décision en équité (37).

Si cette justification est fondée, on pourrait également en déduire que ce n'est pas tant la question de la compensation que celle de la *retentio* dont traite le texte, puisque le défendeur paraît s'opposer à toute restitution sous prétexte de l'existence d'une contre-créance. Si le texte a trait à la procédure *extra ordinem* post-classique, la compensation ne serait de toute manière pas possible, puisque l'objet prêté est nécessairement un corps certain

GEORGES KARL ERNST, *Ausführliches deutsch-lateinisches Handwörterbuch*, s.v. *probabiliter*: "I. beifallswert, anerkennenswert, tauglich, gefällig, ganz erträglich; II. annehmlich, glaublich, wahrscheinlich".

36) Du même avis, SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 20.

37) On peut imaginer plusieurs raisons à cela. Celle qui vient immédiatement à l'esprit est le fait que le prêt à usage est octroyé dans l'intérêt unique de l'emprunteur. Lorsque le prêt se termine, il paraît inéquitable que l'emprunteur puisse retarder indûment le moment de la restitution en invoquant des créances qu'il aurait contre le demandeur à l'action.

et que le défendeur peut être condamné *in ipsa re* ⁽³⁸⁾. Dioclétien n'aurait alors pas utilisé le terme *probabiliter* pour souligner que la compensation n'était techniquement pas possible.

On le constate ce texte pose plus de questions qu'il n'en résout; mais, il paraît plutôt interdire la *retentio* dans le commodat que la compensation ⁽³⁹⁾. L'idée d'une interdiction fondée en équité sera toutefois reprise par Justinien pour interdire la compensation dans le dépôt ⁽⁴⁰⁾.

II. La cristallisation du principe sous Justinien

L'interdiction de compenser dans le dépôt est mentionnée à trois reprises par Justinien. D'abord dans la Constitution dans laquelle il pose le principe de l'interdiction (C. 4,34,11, a. 529), puis dans celle qui présente le système de la compensation justinienne (C. 4,31,14,1 i.f., a. 531 ⁽⁴¹⁾) et enfin dans ses

38) EISELE FRIDOLIN, *Die Compensation nach Römischen und Gemeinem Recht*, Berlin 1876, p. 353, considère qu'en cas de destruction de la chose, la compensation aurait été possible; *contra*: DERNBURG, *Geschichte der Kompensation*, nt. 6, p. 514; APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 496.

39) *Contra* notamment SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 21 note 35.

40) Si Justinien a repris dans le *Corpus iuris civilis* la Constitution de Dioclétien, mais non le passage des Sentences de Paul, c'est peut-être parce que la justification de la première correspondait à son intention, mais non celle du second.

41) Iust. C. 4,31,14,1 i.f. (a. 531): "...*excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus*" (...sauf dans l'action de dépôt, dans laquelle, par notre constitution [C. 4,34,11pr.], nous avons décidé que la compensation n'aurait pas lieu).

Institutes (533) ⁽⁴²⁾ où il se borne à rappeler l'interdiction (Inst. 4,6,30). L'interdiction est rappelée ultérieurement dans la Nouvelle 88,1 (a. 539) ⁽⁴³⁾.

Voici le contenu de la fameuse Constitution de 529:

Iust. C. 4,34,11pr (a. 529)

Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere illico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepti, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. 1. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur. 2. Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una

42) Inst. 4,6,30: "...excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur" (...exceptée la seule action du dépôt, pour laquelle nous avons cru qu'il était trop scandaleux d'opposer n'importe quoi en compensation, de peur que, sous prétexte de compensation, on ne soit privé de la restitution de la chose déposée).

43) Elle mentionne expressément l'or ou d'autres corps certains.

parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita res vel pecuniae prima fronte restituantur.

3. *Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepti ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare.*

Si quelqu'un a reçu de l'argent ou d'autres choses à titre de dépôt, il sera contraint par tous les moyens de les rendre sur-le-champ au déposant qui en a manifesté la volonté et ne peut opposer ni la compensation, ni la déduction, ni l'exception de dol, comme s'il prétendait avoir lui-même quelques actions personnelles, réelles ou hypothécaires. En effet, il n'a pas reçu le dépôt pour se procurer une rétention, qui lui est refusée, et un contrat qui naît de la bonne foi ne doit pas se réduire à la perfidie.

1. Mais même si chaque partie a déposé quelque chose chez l'autre, la compensation ne peut pas faire obstacle dans ce cas, mais au contraire les choses déposées ou l'argent doivent être restituées par chaque partie très rapidement sans quelque obstacle que ce soit, en premier à celui qui l'a voulu le premier, et ensuite les actions légitimes lui sont réservées intégralement. **2.** C'est ce qu'il faut obtenir, comme cela a été déjà dit, si une partie opère un dépôt, et que la compensation est opposée par l'autre, les choses ou l'argent doivent être restituées avant tout chose. **3.** Mais si une attestation écrite a été donnée

par un tiers sans dol ou fraude au dépositaire, qu'il n'est pas obligé de restituer le dépôt, et que le dépositaire l'affirme par serment, qu'il soit permis à celui qui a déposé, à condition de fournir des sûretés idoines, de récupérer les choses déposées au plus vite.

Arrêtons-nous un instant au *principium* de cette constitution. Justinien affirme que celui qui a reçu de l'argent ou d'autres choses en dépôt, autrement dit en cas de dépôt régulier ou irrégulier (44), pour reprendre la distinction terminologique qui apparaît chez Jason de Mayno (1435-1519) (45), celui-ci sera contraint par tous les moyens de restituer immédiatement la chose déposée sans pouvoir invoquer notamment la compensation. La référence expresse à l'argent souligne bien que l'intention de Justinien n'est pas de constater qu'il n'est pas possible de compenser en matière de dépôt parce que l'objet des créances réciproques ne serait pas du même genre, on pourrait en effet très bien compenser l'argent déposé avec une contre-créance en argent.

D'ailleurs dans le paragraphe 1^{er}, Justinien prend la peine d'envisager l'hypothèse de dépôts réciproques pour exclure également dans ce cas la compensation, suggérant par là que

44) Pour SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 182 note 20, il s'agirait même dans le cas de *pecunia* d'un dépôt régulier, les mêmes pièces devant être restituées.

45) Cf. BÜRGE ALFONS, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, SZ 104 (1987), p. 536 ss; ZIMMERMANN, *Law of obligations*, nt. 2, p. 219.

même en cas d'identité de la situation et des genres, il faut rejeter la compensation.

La motivation de Justinien doit donc être recherchée dans la relation particulière entre déposant et dépositaire, leur relation fondée sur une bonne foi qualifiée. Le dépositaire a accepté le dépôt pour rendre un service particulier à un ami; c'est dans ce seul but qu'il a accepté le dépôt et non pour se procurer la possibilité de retenir l'objet (*ut non concessa ei retentio generetur*). Dès lors, invoquer la rétention ⁽⁴⁶⁾ ou la compensation ultérieurement, c'est en quelque sorte briser la confiance octroyée par le déposant; pour Justinien, c'est faire preuve de perfidie (*ad perfidiam retrahatur*).

La justification de l'interdiction du dépôt tient dès lors à des considérations éthiques ⁽⁴⁷⁾, à l'image de ce que l'on trouve dans la Constitution de Dioclétien sur le commodat (C. 4,23,4), et non à des considérations techniques (défaut de l'identité du genre), comme le prétendent notamment SOLAZZI et BIONDI ⁽⁴⁸⁾. Ainsi, l'objet déposé doit être restitué immédiatement (*reddere illico; prima fronte restituetur*), sans discussion, et ce n'est qu'après

46) Cf. APPLETON C., *Histoire*, nt. 20, p. 495.

47) Cf. ég. PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht*, Berlin 1986, p. 33; LITEWSKI WIESLAW, *L'admissibilité de la transaction en cours d'appel*, RIDA 11 (1964), p. 32; SCHEURL CH. G. ADOLF VON, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, 2^e cahier, Erlangen 1852, p. 183 (qui limite toutefois l'hypothèse à la compensation *ex dispari causa*); ARCHI GIAN GUALBERTO, *Giustiniano legislatore*, Bologne 1970, p. 218.

48) SOLAZZI, *Compensazione*, nt. 2, p. 182; BIONDI, *Compensazione*, nt. 2, p. 170; ég. EISELE, *Compensation*, nt. 38, p. 351 ss.

que l'on peut invoquer d'éventuelles contre-créances (*postea legitimaе actiones integrae ei reserventur*). La même idée sous-tend l'ensemble de la constitution.

Le troisième paragraphe envisage la situation dans laquelle une preuve écrite remise par un tiers au dépositaire et un serment de ce dernier confirme qu'il n'est pas obligé de restituer la chose déposée; or, même dans cette hypothèse, Justinien permet au déposant d'obtenir la restitution immédiate, moyennant la fourniture de sûretés: *liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare*.

Selon mon interprétation, l'interdiction devrait valoir également lorsque le déposant ne peut exiger que des dommages-intérêts parce que le dépositaire a détruit volontairement la chose déposée (49). En effet, la constitution visait à empêcher tout retard dans la restitution de la chose et surtout à éviter que la confiance initiale soit réduite à la perfidie. Or, si le dépositaire détruit volontairement ou par faute grave l'objet du dépôt, il détourne malicieusement l'interdiction. Ce que Justinien voulait certainement combattre.

Pour la même raison, à savoir le souci d'assurer la restitution immédiate de la chose déposée, l'interdiction ne valait que pour l'*actio depositi directa*. A l'*actio depositi contraria*, tendant au paiement de frais de dépôt p.ex., le déposant pouvait opposer une

49) Dans le même sens, PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt. 47, p. 32 (qui l'admet ég. pour le dépôt irrégulier).

créance en dommages-intérêts en raison du dommage subi par la chose déposée et obtenir la compensation des créances.

L'interdiction de compenser dans l'*actio depositi* ne fait pas double emploi avec l'exigence d'identité du genre de l'objet des créances réciproques. Elle avait bien entendu un sens pour le dépôt dit irrégulier, mais également pour tous les cas dans lesquels l'objet du dépôt avait été endommagé et que le déposant disposait d'une créance en dommages-intérêts qu'il faisait valoir également par l'*actio depositi*. Elle permettait également d'assurer la diligence du procès, en évitant que le juge doive envisager la question de l'existence d'une contre-créance avant d'ordonner la restitution. Cela ressort assez clairement des Institutes où Justinien affirme: "...nous avons cru qu'il était trop scandaleux d'opposer n'importe quoi en compensation, de peur que, sous prétexte de compensation, on ne soit privé de la restitution de la chose déposée".

On comprend dès lors que Justinien ait repris dans le *Codex* la Constitution de Dioclétien (C. 4,23,4), qui reposait sur des considérations semblables et assurait un résultat similaire en matière de prêt à usage.

III. Survol de l'interprétation des sources en droit savant du Moyen Âge

Il est bien sûr impossible de donner en quelques lignes un compte-rendu complet de l'évolution de l'interdiction de compenser en droit savant du Moyen Âge. Je m'arrêterai donc

brièvement à la justification donnée pour interdire la compensation et à son champ d'application.

a) Pour la glose ⁽⁵⁰⁾, l'interdiction de compenser dans le dépôt est encore justifiée par le fait que d'invoquer la compensation rompt la confiance que le déposant plaçait dans le dépositaire. La glose exclut dès lors l'interdiction pour l'*actio depositi contraria* "quia tunc non de fide rupta agitur". Selon la glose, Bulgarus (mort en 1166) aurait soutenu que l'interdiction valait aussi pour l'action contraire.

Pour Azo (env. 1190 - 1220), la compensation dans le dépôt est exclue, parce que la faire valoir serait un *odium*, au même titre que le cas de celui qui s'empare sans droit de la possession d'autrui (C. 4,31,14,2): *si depositarius conveniatur ea propter perfidiam suam: non licet ei obiicere compensationem* ⁽⁵¹⁾. On constate toutefois une perspective différente: la perfidie du dépositaire n'est pas le fait d'invoquer la compensation, mais est constituée par l'acte qui justifie que l'on soit poursuivi par l'*actio depositi* (Azo dit *propter perfidiam*); il faut peut-être comprendre par là le fait d'avoir incité le déposant à faire le dépôt pour

50) Gl. ad C. 4,31,14, v° *depositi* (éd. Lugduni 1627): "*scilicet directa. secus si contraria: quia tunc non de fide rupta agitur: ut ar. [Inst. 4,6,30]. Ubi dicit sub praetextu compensationis & contra Bulgarus idem in utraque. Si ergo est in has speciale, ergo secus in commodato, et sic ibi fit compensatio. Sed contra [C. 4,23,4]. Sed ibi non compensatione, sed retentione uti volebat Item quod dico in commodato et caeteris personalibus, ubi species petuntur. fieri compensationem: intellige semper si res desiit posse restitui. In actione autem in rem diximus supra [C. 4,31,14,pr]*".

51) AZO AZONIS, *Summa Aurea Codicis, in quartum librum Codicis* (éd. Lugduni 1567, Francfort/Main 1968) f 97r, *de compensationibus* n. 11.

pouvoir invoquer la compensation ou celui d'avoir détruit la chose pour invoquer la compensation.

Bartolus (1314-1357) ⁽⁵²⁾ et Baldus (vers 1320-1400) ⁽⁵³⁾ ont fait un pas de plus en rapprochant l'interdiction de compenser dans le dépôt de la règle issue du droit canon *spoliatus ante omnia restituendus* ⁽⁵⁴⁾ que les commentateurs ont reconnu dans C. 4,31,14,2 ⁽⁵⁵⁾: Le déposant à qui un dépositaire refuse de restituer la chose déposée est considéré comme *spoliatus*. Le dépositaire doit donc restituer avant toute chose et ne peut compenser.

52) BARTOLUS A SAXOFERATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani, commentaria, nunc recens, praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, vol. 2, ad D. 16,2 lex XIV n. 9 (éd. Venetiis 1602): "*Sed quando denegatur restitutio debiti, spoliatus creditor, ergo non poterit obiici compensatio*".

53) BALDUS DE UBALDUS PERUSINIS, *Omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio acutissimi, sensuque profundissimi, Opera Omnia*, vol. in *Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria et in Secundam Digesti Vetus et partem Commentaria, Lex XIV*, n. 13, fol. 87 r. (éd. Venetiis 1586): "*qui denegat restituere depositum, videtur spoliare*"; BALDUS invoque DYNUS.

54) *Decretum Gratiani*, 2,3,1,1-4; cf. COING HELMUT, *Europäisches Privatrecht*, T. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, § 53 III.2, p. 285; WOLTER UDO, *Ius canonicum in iure civili*, (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Vol. 23), Köln-Wien-Böhlau 1975, p. 185; LEVY ERNST, *West Roman vulgar law : the law of property*, Philadelphia 1951, p. 275.

55) Iust. C. 4,31,14,2 (a. 531): "*Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*" (Mais, la compensation n'est pas donnée à ceux qui s'emparent sans droit de la possession d'autrui). - Pour une description convaincante de l'intégration de ce principe tiré du droit canon à la constitution de Justinien, cf. PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt.47, p. 50 s.

Il faut encore relever l'avis de Donellus (1527-1591), l'un des tenants de l'humanisme juridique, qui considère que l'interdiction de compenser dans le dépôt est due à la nature même du contrat, puisque le déposant remet un objet en dépôt dans le seul but de pouvoir l'obtenir à première réquisition ⁽⁵⁶⁾. Ce serait aller contre l'accord des parties que de permettre au dépositaire par l'invocation de la compensation de retarder la restitution immédiate ⁽⁵⁷⁾.

On le voit, la justification repose soit sur des considérations éthiques (*fide rupta, spoliatus*) ou sur la nature du contrat. Pour les auteurs que j'ai examinés, je n'en ai trouvé aucun qui invoque uniquement la question de l'absence d'identité du genre ⁽⁵⁸⁾.

Si nombre d'auteurs invoquent l'interdiction souvent sans donner d'explications, ils veulent néanmoins parfois admettre la *retentio* pour les dépenses générées par le dépôt, mais la question était controversée ⁽⁵⁹⁾.

56) DONELLUS HUGO, *Opera omnia, commentariorum de Iure civilii*, (éd. Lucae 1764), tome 6, col. 803 s.: "*non ob aliam causam datur, quam ut sit sod reddatur deponenti, cum primum reposcet: utpote datum solius custodiae causa, donec visum erit deponenti repetere*".

57) Cf. p.ex. VOET IOHANNIS, *Commentarius ad Pandectas*, Vol. 3, Halae 1778, p. 295 § 15, qui s'appuie encore sur les termes de la constitution de Justinien: "...*illico modis omnibus compellendum, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem posse opponi...*".

58) BALDUS (*In Secundam Digesti Vetus*, nt. 33; Lex XIV, n. 13, fol. 87 r) souligne d'ailleurs: "*hic in deposito generis, vel speciei reductae ad genus*".

59) Cf. pour les glossateurs: en faveur de la *retentio* notamment PLACENTINUS contre IOHANNES BASSIANUS (cf. HUGOLINUS, *Diversitates sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis, prima editio*, § 246, repris in: HAENEL GUSTAVE, *Dissensiones dominorum sive*

b) Au Moyen Âge, l'idée que la compensation soit aussi exclue pour le commodat est discutée, pour être niée ⁽⁶⁰⁾. Le plus souvent on interprète la Constitution de Dioclétien (C. 4,23,4) pour reconnaître la possibilité de compenser, soit en considérant qu'elle ne traite que de la *retentio*, comme le fait la Glose, ou par une interprétation littérale astucieuse à la manière de Cujas, qui estime qu'elle ne traite que du dépôt ("*commodati*" devrait être lu comme "*commendati*", signifiant aussi dépôt ⁽⁶¹⁾), ou encore en admettant le prêt d'un corps certain dans le cas d'espèce ⁽⁶²⁾.

L'idée qui sous-tend toutes ces explications est toujours la même: le cas du dépôt est spécial (*in deposito speciale sit* ⁽⁶³⁾),

controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur, Leipzig 1834, réimpr. 1964, p. 424), puis plus tard en faveur d'un droit de rétention notamment BALDUS, *In Secundam Digesti Vetus*, nt. 33; *ad C. 4,34 Lex XI*, n. 7 fol. 97r; CUJAS JACQUES, selon l'*additio* de la Gl. (gl. *exceptionem ad C. 4,34,11*, éd. 1627); VINNIUS ARNOLD, *Selectae quaestiones*, Roterodami 1672, L. 1, § 51; MYNSINGER VON FRUNDECK JOACHIM, *Hoc est, corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Iustinianaeas pertinentium, Coloniae arippinae* (Cologne) ed. Petrus Cholinus, 1659, n. 7 et 9 *ad Inst.* 4,6,30; *contra*: VOET, *Commentarius ad Pandectas*, nt. 57, lib. 16, tit. 2 para. 15.

60) MEDICES SEBASTIANUS, *Tractatus de compensationibus*, in: *Tractatus universi iuris*, tom. 6, pars 2, Venise 1584, qu. 18, indique: "...*utrum in contractu commodati compensatio admittatur? Respondeo communis esse opinio quod sic, ut attestatur...*".

61) CUJAS JACQUES, p.ex. *ad C. 4,23,4* (*Opera omnia*, vol. 2, Paris 1837, f. 1255).

62) TYNDARUS ALPHANUS, *De compensationibus*, Venise 1584, in: ZILETTUS, *Tractatus universi iuris*, tom. 6, pars 2, art. 5, n. 41.

63) *Ibidem*.

haec singularis lex (64)); le *commodatum* est lui comme tous les contrats sanctionnés par une action personnelle: la compensation est possible, avant tout lorsque la chose est détruite et qu'on ne peut plus la restituer en nature (65).

IV. Les justifications de la reprise de l'interdiction en droit moderne

Si le fondement de l'interdiction justinienne se retrouve durant le Moyen-Age, la *ratio* de l'interdiction n'est plus toujours présente de manière très claire et unanime; il y a pour ainsi dire trois sensibilités différentes. C'est ce qui va ouvrir la brèche à de nombreux débats au cours du XIX^e siècle. Je souhaite ici uniquement comparer très brièvement deux situations: le cas français et le cas allemand.

En France, c'est avant tout les ouvrages de Domat et Pothier qui vont déterminer le droit des obligations du Code civil (66). Si le premier ne s'exprime pas sur la justification de l'interdiction, Pothier en revanche écrit dans son traité des obligations (67) que l'exception ne peut concerner que le dépôt irrégulier, puisque le dépôt régulier ne remplit pas les conditions d'identité du genre.

64) BARTOLUS, *Commentaria*, nt. 52, Tom. 7, C. 4,34,11, si quis, n. 1.

65) La gl. *depositi* ad C. 4,31,14: "*fieri compensationem: intellige semper si res desit posse restitui*"; ég. DONELLUS, *Opera Omnia*, nt. 56, col. 804.

66) Cf. notamment FENET PIERRE-ANTOINE, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück 1968, tome XIII, p. 411 ss, où Pothier et Domat sont loués et considérés comme une référence pour l'utilisation ultérieure du Code.

67) POTHIER ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat de dépôt*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 59, Paris 1824, p. 372, n. 625

C'est donc uniquement l'exigence d'identité du genre qui est importante, et non la nature du contrat de dépôt. En conséquence, il considère d'une part que la compensation est possible tant dans le dépôt régulier que le dépôt irrégulier pour les contre-créances issues du dépôt même, comme les dépenses nécessaires pour la conservation de la chose déposée⁽⁶⁸⁾. Pothier admet dès lors que la situation est analogue pour le contrat de prêt à usage⁽⁶⁹⁾; il retient dès lors aussi l'interdiction de compenser pour ce dernier. La situation du CCfr. (art. 1293) s'explique dès lors par le fait qu'on ne perçoit plus le contrat de dépôt comme un contrat donnant naissance à une relation de confiance particulière. La fonction de l'interdiction est ainsi perdue⁽⁷⁰⁾; elle n'a pour effet spécifique que d'imposer une compensation *ex eadem causa*⁽⁷¹⁾.

68) POTHIER ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat de dépôt*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 59, Paris 1821, p. 305 s.

69) POTHIER ROBERT JOSPEH, *Traité du prêt à usage*, in: *Oeuvres complètes*, vol. 8, n. 44, Paris 1821, p. 31 s.: "La raison est que, suivant les principes que nous avons établis en notre traité des obligations (n. 530), sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain".

70) Cf. ég. en droit autrichien, OFNER JULIUS, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vienne 1889, réimpr. Glashütten im Taunus, 1976, Vol. II p. 245 (§ 569): "man dem Leih und Verwahrungsvertrag aus guten Gründen diese Sicherheit und Heiligkeit zugestehet" et pour ZEILLER FRANZ V., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, tome IV (1813), p. 170, sinon: "das wechselseitige Zutrauen der Mitbürger geschwächt würde"; pour l'ensemble cf. DULLINGER, *Handbuch der Aufrechnung*, nt. 11, p. 107.

71) Cf. pour une analyse similaire, les rédacteurs du Dresdener Entwurf, *Protocole der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Tome 4, Dresden 1865 (réimpr. édit. W. SCHUBERT, Francfort-sur-le Main 1984) p. 2674.

En Allemagne, les auteurs du droit naturel avaient déjà suivi un cheminement parallèle. Ainsi, Samuel Pufendorf (1632-1694), déjà bien avant Pothier, n'évoquait pas non plus la particularité du dépôt lorsqu'il traitait de la compensation dans son ouvrage de 1672, *De iure naturae et gentium* (72). Johann Christian Wolff (1679-1754) indiquait en 1745 dans son *Ius Naturae* que la compensation n'avait lieu ni dans le dépôt ni dans le commodat, parce que la chose, même fongible, devait être restituée en espèce (73). En 1754, il reprenait la même idée dans son ouvrage *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* (74). Le caractère éthique particulier de ces contrats n'était ainsi plus du tout évoqué par les juristes du droit naturel.

La prise de conscience par les auteurs du Code civil français de l'absence d'un caractère éthique spécifique au contrat de

72) PUFENDORF SAMUEL, *De iure naturae et gentium*, éd. de 1688, reproduit in Oxford/London 1934, vol. 1, p. 535 s.; ni d'ailleurs HEINECCIUS IOHANNES GOTTLIEB, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halae 1788, § 409 et 410.

73) WOLFF JOHANN CHRISTIAN, *Ius Naturae...*, Halle 1745 (réédition Thomann M., in: *Gesammelte Werke*, Hildesheim 1968), Pars V, cap. IV, § 794: "*Compensatio non habet locum adversus depositum. Etenim in deposito res in specie restituenda. Quamobrem si vel maxime debeat rem fungibilem deponens, quae eiusdem generis est cum re deposita, cum tamen res fungibilis in specie determinata, non autem in genere debita, cum re fungibili eiusdem qualitatis ac quantitatis compensari nequeat; nec compensatio locum habet adversus depositum...*"; § 795: "*Adversus commodatum locum non habet compensatio. Quoniam enim commodatarius rem in specie restituere debet, eodem modo patet adversus commodatum locum non habere compensationem, quo idem de deposito ostendimus*".

74) WOLFF JOHANN CHRISTIAN, *Institutiones Iuris Naturae et Gentium...*, Halle 1754 (réédition Thomann M., Hildesheim 1969), § 756, p. 464.

dépôt, doublée de l'influence des écrits des juristes du droit naturel, va amener, par étapes, le droit allemand à supprimer totalement l'interdiction spécifique de compenser dans le dépôt.

Si le *Landrecht* prussien (ALR, I,16 § 363-365 ⁽⁷⁵⁾) prévoit encore l'exception aussi bien pour la restitution en nature de l'objet déposé que pour sa contre-valeur, les auteurs du *Dresdner Entwurf* mettent en doute la portée de l'exception ⁽⁷⁶⁾. Pour certains, il paraît difficile de reconnaître une relation de confiance accrue pour le dépôt ("vorzügliche Treue" ⁽⁷⁷⁾) par rapport à d'autres contrats, en tout cas pour la créance en remboursement des frais ⁽⁷⁸⁾; ils finissent par renoncer à la suppression de l'exception, la limitant toutefois de manière importante: seule la

75) "§ 363. Der, welchem etwas in Verwahrung gegeben, oder eine nicht verbrauchbare Sache, geliehen worden, kann sich gegen die schuldige Rückgabe mit der Compensation nicht schützen. § 364. Auch alsdann findet keine Compensation statt, wenn der Verwahrer, bey der nicht mehr möglichen Rückgabe der niedergelegten Sache selbst, den Werth derselben zu erstatten verpflichtet ist. § 365. Dagegen kann auf den zu erstattenden Werth der geliehenen Sache mit andern Forderungen compensirt werden".

76) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2665 ss.

77) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2667.

78) *Dresdner Entwurf*, *Protocolle*, nt. 70, Tome 4, p. 2668: "Ihre innere Rechtfertigung finde diese auf der D. 16,3,23 fussende und auch von bewährten Juristen vertheidigte Ansicht darin, daß der Grund des Ausschlusses der Compensation gegen die *actio depositi*, soweit sie sonst zulässig wäre, in der darin liegenden Verletzung der besonderen Vertragstreue des Depositars zu suchen sei, von dem Depositär aber, welcher, um zu seiner Entschädigung wegen auf die Sache gemachter Verwendungen oder wegen des durch die Sache ihm verursachten Schadens zu gelangen, gegen die auf Erstattung des Werthes der Sache gerichtete Klage der Compensationseinrede sich bediene, *nicht wohl gesagt werden könne, daß er gegen Treu und Glauben handle*, sowenig als wenn er in diesem Falle von dem Retentionsrechte Gebrauch mache...".

compensation avec la valeur de la chose déposée est interdite ⁽⁷⁹⁾, et encore avec certaines réserves spécifiques.

Les rédacteurs du BGB vont faire le pas supplémentaire que n'a pas fait Pothier. Constatant que pour le dépôt régulier la question de la compensation ne se pose qu'en cas de dommages-intérêts compensatoire, la majorité ne voyait aucune raison de maintenir dans ce cas-là une interdiction de compenser qui irait au-delà de ce que prévoyait déjà le § 287 (actuel § 393 BGB ⁽⁸⁰⁾) ⁽⁸¹⁾. Pour le dépôt irrégulier, la pratique excluait parfois la compensation, mais selon les rédacteurs, la pratique n'était pas suffisamment uniforme pour admettre que tel était (ou devait) toujours être la volonté des cocontractants ⁽⁸²⁾. Ils supprimèrent dès lors purement et simplement l'interdiction spécifique pour le dépôt, ainsi que pour les contrats de prêt à usage (*commodatum*),

79) Art. 365 Dresdner Entwurf: "Die Aufrechnung findet nicht statt gegen Forderungen auf Erstattung des Werthes einer widerrechtlich entzogenen Sache, ferner gegen Forderungen auf Erstattung des Werthes einer hinterlegten Sache, soweit nicht der Art. 741 etwas Anderes bestimmt...".

80) "Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig".

81) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Vol. II, Berlin 1898, p. 398: "Soweit dagegen der Anspruch des Hinterlegers auf Schadensersatz gehe, sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Aufrechnung unstatthaft sein sollte, sofern nicht § 287 Platz greife".

82) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Vol. II, Berlin 1898, p. 398 s.: "Was sodann das depositum irregulare anlange, so seien die thatsächlichen Umstände und die Parteiabsichten in den einzelnen Fällen zu mannichfaltig, um die Aufstellung einer für die Mehrzahl der Fälle zutreffenden Auslegungsregel zu ermöglichen....".

de mandat et de *precarium* (83). Les rédacteurs se distancèrent ainsi des positions défendues par certains Pandectistes (84).

La seule interdiction qui demeure est celle qui exclut la compensation lorsque le dépositaire a par dol détruit la chose déposée, afin que les conditions de la compensation soient (artificiellement) remplies (§ 393 BGB (85)). On peut noter que c'est un raisonnement similaire qui a présidé à l'adoption d'une règle semblable dans le (nouveau) code civil néerlandais (art. 6.135 NBW) (86).

83) MUGDAN BENNO, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. II, Berlin 1899-1900 (réimpr. Aalen 1978) (cité: Mugdan, *Motive*), II, p. 62: "Wie schon bemerkt, erscheinen die im gemeinen Rechte und in modernen Kodifikationen geltenden Beschränkungen der Aufrechnung beim Hinterlegungsvertrage, bei der Gebrauchsleihe, beim Prekarium und Mandat überflüssig. Soweit ein Bedürfnis für den Ausschluss der Kompensation anzuerkennen, ist es durch den § 287 gedeckt"; é.g. p. 324.

84) Cf. p.ex. WINDSCHEID BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. II, 7^e éd., Francfort/Main 1891, p. 303 (§ 350 N 7): "Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht statt: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung (C. 4,33,11; C. 4,31,14,1 i.f.; Inst. 4,6,30 Ueber bez. gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 514; Eisele, S. 351 f; Entsch. d. RG. XII S. 89 [= Seuss. Arch. XL.14]); DERNBURG, *Geschichte der Compensation*, nt. 6, p. 513 ss, qui admet l'interdiction pour la contre-créance du dépôt, même si les créances proviennent de la même causa (*ex pari causa*); il l'admet de même pour le *depositum irregulare* ou pour la créance en dommages-intérêts pour *mora*; il ajoute cependant (p. 516): "Durch die Ausschliessung der Compensation sollte dem Deponenten eine Rechtswohlthat erzeugt, keine Beschränkung aufgelegt werden; daher steht ihm seinerseits das Recht zu, mit seiner Gegenforderung auf etwaige Schulden an den Depositär abzurechnen".

85) Cf. GERNHUBER JOACHIM, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2^e éd., Tübingen 1994, p. 259; PIELEMEIER KLAUS, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB*, nt. 47, p. 92 ss.

86) *Parlamentarie Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981, p. 508:

V. Conclusion

Le survol de l'évolution de l'interdiction de la compensation en matière de dépôt, brossé à grands traits, nous a permis de faire un certain nombre de constatations.

D'abord, l'apparition d'une authentique interdiction de la compensation dans le dépôt n'a lieu que sous Justinien (C. 4,34,11) et uniquement pour l'*actio depositi directa*, que la chose déposée existe encore ou qu'elle ait été détruite. Cette interdiction repose sur des considérations éthiques et non sur l'absence d'identité entre genre et corps certain, comme l'envisageaient encore les Sentences de Paul. Selon la constitution de Dioclétien reprise dans le Code de Justinien (C. 4,23,4), une interdiction similaire pour le prêt à usage (*commodatum*) valait du moins pour la *retentio*.

Le Moyen Âge est resté sensible au caractère particulier du contrat de dépôt, mais avec l'évolution de la société et la perte de la notion du devoir de rendre service (qu'avait le citoyen romain) en prenant une chose en dépôt, le fondement même de l'interdiction tendait à s'effriter. Si l'interdiction est maintenue en droit français notamment, c'est ainsi plus pour se conformer aux sources romaines que parce qu'elle repose encore sur une *ratio*

"De bepalingen van artikel 1465 sub 1 en sub 2, waartegen in de literatuur ernstige bezwaren zijn ingebracht, zijn niet in dezelfde vorm overgenomen"; il considère que le cas de la destruction de la chose déposée notamment tombe alors sous le coup de l'art. 6:135 NBW qui interdit la compensation "si son obligation porte sur le dommage qu'il a causé intentionnellement".

legis spécifique, l'absence d'identité des genres ne suffisant pas à justifier une interdiction particulière.

La disparition de l'interdiction en droit allemand ou néerlandais n'est ainsi que le résultat d'une évolution logique, qui est en partie le fruit de l'évolution des mœurs. Dans une société où le contrat de dépôt n'est plus nécessairement un contrat gratuit, perçu comme un devoir par le dépositaire, l'interdiction de compenser dans le dépôt a perdu toute justification: **a)** Des conditions ordinaires, on peut déjà déduire que la compensation n'est pas possible avec le corps certain déposé (dépôt régulier). **b)** On peut tout au plus accepter une interdiction de compenser lorsque le dépositaire a volontairement détruit l'objet pour que les conditions de la compensation soient remplies. Dans ce cas cependant, les règles générales du droit des obligations, en particulier, le fait que le dépositaire a frauduleusement obtenu l'accomplissement d'une condition légale, pourraient permettre d'atteindre le même résultat ⁽⁸⁷⁾. **c)** En conséquence, même en matière de dépôt irrégulier, l'interdiction de la compensation me paraît perdre sa justification.

Conformément à l'évolution de notre société, il faut dès lors que le contrat de dépôt rentre dans le rang et que l'interdiction de compensation qui l'affectait disparaisse. On ne peut dès lors que se réjouir de constater que la Commission-Lando pour l'uni-

87) En droit suisse, on pourrait alors envisager l'application de CO 156 par analogie.

fication du droit privé européen a renoncé à une disposition spécifique sur la compensation dans le contrat de dépôt (88).

88) Cf. le "position paper" préparé par R. ZIMMERMANN pour cette commission: ZIMMERMANN REINHARD, *Die Aufrechnung, Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht*, in: V. Beuthien et al. (édit.), *Festschrift für Dieter Medicus*, Munich 1999, p. 707 ss, en part. 735 ss.