

QUAND LE CONSULTANT SE FAIT HISTORIEN, À PROPOS DE LA RENTE VIAGÈRE

L'idée de cet article a pris récemment naissance dans un restaurant *bors d'âge* proche du Panthéon, lorsque j'ai raconté à Pierre Bonin que, consulté il y a plus de trente ans sur une question très actuelle à l'époque, j'avais dû mon salut à ceux que j'avais appelés « les trois P » : par ordre d'entrée en scène Pothier, Portalis et Planiol ! Là-dessus mon interlocuteur m'a proposé de raconter cette anecdote propre à divertir les historiens, voire à les rassurer s'ils venaient à mettre en doute l'utilité de leur science.

Il y a deux sortes de consultations. La consultation orientée – la plus fréquente – est une dérive difficilement évitable. Malhonnêteté ? Non pas, car personne ne s'y trompe. Manque d'honnêteté intellectuelle ? On n'en est pas très loin quand le professeur, sous couleur de dire l'état du droit, plaide comme un avocat... Celui-ci n'en apprécie que davantage les consultations de pur droit et c'était le cas ici.

La question portait sur le contrat de rente viagère. Tout le monde pense d'emblée à la classique vente en viager : cession d'un immeuble moyennant un prix converti en rente. Mais il s'agissait ici de la rente viagère à l'état pur, si je puis dire : remise d'un capital contre le versement d'une rente jusqu'à disparition du crédirentier.

En l'espèce, une société X s'entremettait habituellement pour des opérations de placement en viager, à savoir que des particuliers lui versaient des capitaux à charge de leur servir une rente annuelle leur vie durant. Jusqu'ici, rien de bien original. Mais la société avait de nombreux clients qui ne lui confiaient pas nécessairement de fortes sommes, de sorte que ceux-ci étaient susceptibles de s'adresser à elle chaque fois qu'ils avaient pu réunir de nouvelles économies. Bien entendu cette société utilisait une partie des capitaux fournis pour l'acquisition d'immeubles sur lesquels elle constituait une hypothèque en sûreté des rentes dues par elle.

Il en résultait que les clients de la société X pouvaient être considérés comme des bailleurs de fonds destinés à l'acquisition

d'immeubles, et des bailleurs de fonds à *titre habituel*. Or dans un souci de protection des emprunteurs, la loi du 13 janvier 1979, dite loi Scrivener II, venait de réglementer d'une façon fort contraignante les prêts visés à son article 1^{er}, c'est-à-dire ceux « qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de financer les opérations suivantes... » et d'énumérer en substance toutes les variantes d'une acquisition immobilière y compris l'achat de parts d'une SCI, etc.

Dès lors la société X avait quelques raisons de se demander si ses clients ne tombaient pas sous le coup de la loi nouvelle, *pour peu que la rente viagère fût considérée comme une forme détournée de prêt*. C'est la question qu'elle me posa en tant que civiliste. Quitte à me répéter, je précise que cette société ne voulait pas d'un plaidoyer, fût-ce pour la bonne raison qu'aucun tribunal n'était saisi du cas : simplement ma cliente entendait évaluer ses risques de la manière la plus exacte possible.

Au départ je dois bien avouer que, faute de l'avoir rencontrée dans mes études ni de l'avoir enseignée dans mes cours, je ne connaissais pas grand chose à la rente viagère, mais j'avais l'intuition qu'elle n'était de toute façon pas un prêt et je devais pouvoir le démontrer (I.). Toutefois cette démarche négative n'excluait pas qu'elle fût *assimilée* à un prêt au sens de la loi Scrivener II : dès lors il me fallait chercher – démarche positive cette fois – la qualification exacte de ce contrat, qualification dont je n'avais pas la moindre idée, mais dont j'espérais pour ma cliente qu'elle pût écarter la tentation de procéder à une pareille assimilation (II.).

I. L'exclusion du prêt

La rente viagère est-elle ou non un prêt d'argent ? De nos jours, en toute chose juridique, il faut commencer par aller voir les textes ! Le prêt d'argent peut être gratuit ou à titre onéreux (avec intérêts). Dans le premier cas, il se rattache à la catégorie du prêt de consommation, que l'article 1892 du code civil définit en ces termes :

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de la même espèce et qualité.

Or dans le contrat de rente viagère, le créancier aura reçu *in fine* soit plus, soit moins que le capital versé par lui, car il faut un concours de circonstances vraiment exceptionnel pour que les deux sommes s'égalisent. La cause était-elle entendue ? Point du tout, car au lieu de renvoyer à cet article pour la définition du prêt à intérêt, le code civil, dans un chapitre ultérieur consacré à ce dernier, y inclut la rente viagère. En effet son article 1909 dispose que :

On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. Dans ce cas, le prêt prend le nom de *constitution de rente*.

Voilà donc la rente réduite à une simple catégorie de prêt à intérêt ! Bien pis, en parcourant plus avant le code, on lit à l'article 1979 que :

Le constituant [*id est* le débiteur] ne peut se libérer du paiement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés.

Or l'emploi du verbe *rembourser* semble encore orienter la recherche du côté du prêt. La cause était-elle alors entendue en sens contraire ? Pas vraiment, car ce verbe pouvait aussi bien signifier que la rente ne saurait être *après coup* transformée en prêt... Et surtout les articles suivants, non sans avoir distingué entre rente perpétuelle et rente viagère, *dissocient* aussitôt les deux contrats. Après trois articles consacrés à la rente perpétuelle, l'article 1914 du code civil procède à un renvoi pur et simple pour le régime de la rente viagère : « Les règles concernant les rentes viagères sont établies au titre *des contrats aléatoires* ». De fait, ce titre ne consacre pas moins de 16 articles au contrat de rente viagère (articles 1968 à 1984), mais qui ne renseignent pas sur sa qualification juridique. Contrat aléatoire sans doute, mais de quelle espèce ? L'article 1964 mentionne, pour exemple de contrats aléatoires, le contrat d'assurance, le prêt à la grosse aventure (ces deux contrats « régis par les lois maritimes »), le jeu et le pari (auxquels sont consacrés trois articles du code) et en toute logique le contrat de rente viagère. Mais cette catégorie, qui englobe des formules très hétéroclites sous la bannière assez vague d'un pari sur l'avenir (au sens large du mot *pari*), n'est qu'un élément de classification et ne renseigne pas sur l'ossature respective de chacune d'elles.

Alors le contrat de rente viagère serait-il constitutivement un prêt à intérêt, mais néanmoins soumis aux règles des contrats aléatoires, une sorte de prêt aléatoire ? Cela paraissait antinomique : il y avait là

une incohérence, voire une incongruité dont les rédacteurs du code civil n'ont guère l'habitude. En effet qui ne voit que ces deux opérations n'ont pas du tout la même finalité économique ? Mais il me fallait déterminer la qualification de la rente viagère, question pour la solution de laquelle l'économie n'est pas d'un grand secours.

J'ai d'abord observé que cette dissociation des deux rentes, rejetées à deux endroits du code, s'explique aisément. La rente perpétuelle, aux termes de l'article 1911, « est essentiellement rachetable », donc remboursable par essence, ce qui permet de la rattacher encore au prêt. Sur ce point tous les auteurs tombaient d'accord et d'ailleurs tous traitaient de la rente perpétuelle en même temps que du prêt¹. Quant à la jurisprudence, elle appliquait à ce contrat les règles relatives à l'usure et à la fixation par écrit du taux de l'intérêt². En revanche et comme on l'a vu (article 1979 précité), la rente viagère n'est pas rachetable. Elle n'a donc pas sa place au chapitre du prêt et doit plutôt s'étudier avec les contrats aléatoires, ce que faisaient tous les auteurs. Détail significatif : les manuels ne contenaient aucun renvoi du prêt à la rente viagère ou inversement.

Et puis, stade ultérieur de ma réflexion, la thèse du prêt supposait implicitement que l'obligation de « rembourser » pesant sur l'emprunteur fût *convertie* en rente. Mais cette prétendue conversion d'un prix fixe en une somme flottante ne changeait-elle pas fondamentalement la physionomie de l'opération ? En vérité, la rente viagère ne ressemble au prêt que lorsque les parties stipulent une clause de rachat (qui, dérogeant à l'article 1979 du code civil, permet au débirentier de se libérer en reversant le capital), car alors elle se rapproche de la rente perpétuelle dont on a vu qu'elle est traitée comme un prêt. Mais les contrats de la société X ne contenaient pas cette stipulation.

C'est ici que, pour la première fois dans cette consultation, l'histoire m'a prêté main forte. Je me suis souvenu que sous l'Ancien droit, qui interdisait le prêt à intérêt, la pratique utilisait les deux rentes, perpétuelle et viagère, comme des substituts plus ou moins approximatifs – plutôt plus que moins en ce qui concerne la rente viagère – du contrat prohibé. Or les rédacteurs du code, en même temps qu'ils autorisaient désormais le prêt à intérêt, avaient pu avoir le mauvais réflexe de classer avec ce contrat ceux qui économiquement lui tenaient naguère lieu de palliatif. Mais s'agissant de la rente

1. V. par ex. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, 5^e éd. par M. de Juglart, 1979, n^o 1486.

2. *Ibid.* et les références citées.

viagère, cela n'avait dû être qu'une tentation passagère puisque celle-ci avait finalement trouvé sa véritable place au titre des contrats aléatoires.

Si mon raisonnement était exact, l'apparente assimilation de la rente viagère au prêt apparaissait plutôt, à l'article 1909, comme une simple maladresse de rédaction explicable uniquement par l'histoire. Et la preuve que je devais avoir raison résidait en ce que la majorité des auteurs ne se laissaient pas abuser par ce premier réflexe des codificateurs.

Mais alors, si ces auteurs traitent des deux prêts (gratuit et onéreux) au même chapitre, c'est parce que tous les deux ont en commun un socle indestructible et ce ne peut guère être que l'obligation de rembourser la même somme, ni plus, ni moins – comme le dit fort bien l'article 1892 du code civil : car enfin, même dans le prêt à titre onéreux, l'emprunteur doit bien *rembourser* la somme exacte qu'on lui a prêtée, les intérêts qui s'ajoutent ne pouvant en aucun cas passer pour un remboursement. Par conséquent la rente viagère, qui oblige à payer – et non à rembourser – une somme forcément différente, ne saurait par essence constituer une variété de prêt. Mais quelle était-elle ? Ou pour poser la question d'une façon plus exacte, existait-il un casier où je la pusse ranger en toute certitude et m'éviter par là les affres du *sui generis* ?

II. Recherche de la qualification véritable

À défaut d'une qualification légale ou plutôt en présence d'une qualification légale erronée, il fallait se tourner vers ceux qui font métier de qualifier : les docteurs, autrement dit la doctrine. Comme cela se passait en 1982, je me suis plongé d'abord dans les auteurs récents ou relativement récents, en remontant jusqu'aux années cinquante. Or cette quête se révéla aussi décevante que possible. Certes la quasi-totalité³ des auteurs de cette période refusaient la qualification de prêt. Mais la nature juridique de la rente foncière, que l'on passait sous silence, était censée connue de tous – tout comme la loi ! – ce qui revient à dire que la plupart l'ignoraient... Seuls à ma connaissance, André Ponsard et Noël Dejean de la Bâtie⁴ se risquaient à

3. V. à titre d'exception la 2^e éd. du *Cours de droit civil français*, de Beudant et Lerebours-Pigeonnière, tome 12 bis par G. Lagarde, 1950, n^o 814.

4. Aubry et Rau, *Droit civil français*, tome 6 par A. Ponsard et N. Dejean de la Bâtie, 1975, n^o 90.

évoquer un « abandon d'une somme d'argent », ce qui était plutôt vague, mais avait le mérite, comme on le verra, de faire un premier pas dans la bonne direction.

Il fallait donc aller plus loin dans le temps et pour cela descendre dans les galeries souterraines de la Montagne Sainte-Genève. Non pas celles qu'étant élève au lycée Henri IV, j'avais en partie explorées avec quelques amis quand j'avais repéré une mystérieuse grille qu'on avait oublié de fermer à clé ⁵, mais plus sérieusement les riches sous-sols de la Bibliothèque Cujas. Et je ne tardai pas à y dénicher la thèse, injustement oubliée, d'un certain J. Croisier dont le nom n'est guère passé à la postérité ⁶. Grâce à lui, je découvris que Pothier, après avoir évoqué le prêt, enchaîne en ces termes :

L'on ne peut pas dire la même chose des rentes viagères, ces rentes n'ont pas de capital ; la somme qui a été payée pour le prix de la constitution de la rente viagère *est entièrement perdue* [je souligne] pour le créancier de la rente : il n'en demeure en aucune manière créancier, et elle ne doit jamais lui retourner. La rente viagère n'est donc la créance d'autre chose que des arrérages qui doivent courir pendant le temps de sa durée ; ces arrérages font tout le principal, tout le fonds de l'être entier de l'arrérage ; elle s'acquitte et s'éteint par parties à mesure que le créancier les reçoit ; le paiement de ce qui en restait dû et couru jusqu'à la mort de la personne sur la tête de laquelle était constituée achève de l'éteindre entièrement. Cette créance paraît donc ne pouvoir être considérée autrement que comme la créance des sommes d'argent qui seront dues pendant le temps qu'elle aura cours ⁷.

Une somme « entièrement perdue » : comme on dit à cachet-tampon, je brûlais et il ne me manquait qu'un mot, le fin mot de l'énigme. Mais – victoire à la Pyrrhus ? – le même Croisier mentionnait honnêtement que le témoignage de Pothier était récusé par Guillouard ! Selon ce dernier auteur, Pothier savait pertinemment que la rente viagère était un prêt, mais il aurait fait semblant d'y voir une aliénation afin que les magistrats de son temps ne pussent invoquer son autorité pour annuler une rente viagère comme déguisant un prêt à intérêt prohibé. Or voilà un point d'histoire que je n'avais aucun moyen de trancher...

5. Cette digression toute personnelle pour rendre hommage à des professeurs du lycée qui avaient profité de cet ensemble très vaste pour organiser un réseau de Résistance. Les Allemands ne s'aperçurent de rien : peut-être leur manquait-il l'esprit potache... Une fois la paix revenue, on obtura certaines issues, de sorte que notre exploration ne fut que partielle.

6. J. Croisier, *Le contrat de rente viagère*, Thèse de droit, Dijon, 1935, p. 19 et s.

7. Pothier, Tome 5, nouvelle édition, Paris, 1818, *Traité du contrat de constitution de rente*, Chapitre VIII, Des Rentes viagères, Art. 5, de la nature des rentes viagères.

Toutefois j'avais au moins une supériorité sur Guillouard : un siècle et plus de recul supplémentaire. Comme dit le grand Corneille par la bouche de Ptolémée, « Le temps de chaque chose ordonne et fait le prix »⁸. Ce temps, les historiens l'avaient mis à profit pour mieux cerner la personnalité de Pothier et me donner matière à réflexion. D'abord Pothier était un modeste, point du tout narcissique, et l'idée qu'il pût avoir ou non quelque influence sur ses collègues magistrats ne devait pas beaucoup le préoccuper. Ensuite et quoique modeste, c'était un seigneur de la pensée, qui n'aurait pas triché sur une qualification pour servir un intérêt circonstanciel. En tout cas pas dans une œuvre de doctrine, car en tant que juge il en était peut-être capable par souci d'équité, mais « sans tirer à conséquence » selon la célèbre formule de l'époque. *Ergo* je pouvais et même devais faire confiance au « Père du code civil ».

Restait à scruter les travaux préparatoires de ce code et le mot que je cherchais, formulé par Portalis, y figurait cette fois en toutes lettres :

la constitution d'une rente viagère n'est qu'une manière de vente, même lorsqu'elle est faite à prix d'argent, car l'argent est aussi susceptible d'être loué et vendu comme toutes les choses qui sont dans le commerce⁹.

Une *vente* d'argent : comment n'y avais-je pas pensé plus tôt ? Portalis avait raison, l'argent est une marchandise comme (presque) une autre. Ainsi le prêt à intérêt – le vrai – réalise la même opération qu'un louage et d'ailleurs les économistes ou les hommes d'affaire parlent couramment du *loyer de l'argent*. Soit dit en passant, cette considération banale à nos yeux balaie comme un fétu la pétition de principe – « l'argent n'engendre pas l'argent » – en vertu de laquelle les canonistes, pourtant de fins juristes, entendaient prohiber le prêt à intérêt.

Ajoutons-y – et cette fois je l'enseignais ! – que l'argent peut aussi faire l'objet d'un gage : l'opération, fort courante, consiste en la remise par une personne d'une somme d'argent en garantie de sa dette éventuelle, *avec cette seule particularité, par rapport au gage classique*, que la remise a lieu entre les mains non d'un tiers, mais de l'éventuel créancier. En pratique toutefois nul ne parle de gage, mais soit de *cautionnement* (ce qui n'a aucun sens), soit plus exactement de *dépôt de garantie* : le contrat de bail et le statut des comptables publics en fournissent les exemples les plus connus.

8. Au premier acte, scène III, de *Pompée*. Il s'adresse sur un ton péremptoire à sa sœur Cléopâtre, laquelle le lui resservira ironiquement à la scène III du deuxième acte.

9. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1836, tome 14, p 544.

Ainsi la rente viagère est tout simplement une vente d'argent *dont la seule particularité, par rapport à la vente classique*, est de ne comporter aucun prix fixe en espèces sous peine de verser dans l'absurdité la plus totale. Il suit de là que l'obligation du débirentier n'est pas à proprement parler *convertie* en rente – comme le supposerait la thèse du prêt à intérêt – mais qu'elle est *originellement* établie sous forme de rente (et grâce aux tables de mortalité).

Au cours du XIX^e siècle, la thèse de Pothier et Portalis sera suivie par Duranton, Troplong et Pont¹⁰. À l'aube du XX^e siècle, Planiol y adhère avec force. Alors que la vente en viager, écrit-il, a « généralement pour preneur un simple particulier désireux d'acquérir une propriété », « la rente viagère est généralement le fait de Compagnies d'assurances ». Or en ce cas, « la faculté de remboursement fait défaut : le crédientier n'est pas un *prêteur*, c'est un *vendeur* qui a aliéné définitivement la chose faisant l'objet de sa prestation (bien en nature ou capital en argent). Le contraire a été vainement soutenu... »¹¹ : en ce sens, il cite ou plutôt il exécute sans sommation une thèse de 1904¹². Et si par la suite Lépargneur, l'un des continuateurs de l'œuvre de Planiol, se rallie néanmoins à la thèse du prêt¹³, Josserand¹⁴ la refuse ainsi que Ripert et Boulanger¹⁵. Bien entendu le sympathique Croisier, dernier auteur à avoir étudié en profondeur la rente viagère, opte lui aussi pour une vente d'argent.

Au vu de ces investigations largement concordantes, je pouvais tirer trois conclusions.

La première à l'intention de la société. Avec la bénédiction de mes trois P – Pothier, Portalis et Planiol – je pouvais la rassurer pleinement. À supposer même que l'un des trois ait commis une erreur, il était totalement exclu que des juristes de cette trempe vinssent à se tromper ensemble.

La deuxième pour ma propre gouverne. J'avais constaté que les auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle, et je m'inclus dans la liste, ne lisaient pas assez ceux de l'époque antérieure. Pour autant ils n'encourent pas de reproches : avec l'inflation législative et jurisprudentielle, la constitutionnalisation, la mondialisation, l'atomisation

10. J. Croisier, *op. et loc. cit.*

11. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., Tome II, n° 2117.

12. G. David, Thèse de droit, Paris, 1904.

13. Lépargneur, 2^e éd. du *Traité* de Planiol et Ripert

14. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., tome 2, 1939, n° 1388.

15. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, 3^e éd., tome 3, 1958, n° 2447.

des branches du droit, les deux droits européens – celui du marché commun et celui des droits de l’Homme – l’apparition de matières nouvelles comme l’assistance à la procréation, la protection de l’environnement ou les problèmes posés par le web, l’actualité nous dévore et nous brûle les ailes. Nous sommes devenus des savants d’aujourd’hui quand nos prédécesseurs étaient des savants tout court.

La troisième conclusion à l’adresse des historiens : nous avons besoin d’eux et j’oserai leur suggérer de prêter davantage attention à l’histoire contemporaine, en y incluant celle du XVIII^e siècle sans lequel la suite des événements ne peut se comprendre. Pour commencer, j’aimerais voir augmenter le nombre des places mises au concours d’agrégation d’histoire du droit, voire inscrire au programme une leçon d’histoire contemporaine entendue comme je l’ai dit. Ceci à fin de susciter des vocations... L’idéal enfin serait que les historiens, qui très normalement publient des articles fort documentés dans leurs propres revues, eussent l’obligeance de donner au recueil Dalloz ou à *La semaine juridique* des chroniques de vulgarisation consacrées aux pépites, fût-ce en vrac, qu’ils auraient pu trouver çà et là...

Ce rêve tout éveillé nous éloigne de la rente viagère. J’y reviendrai brièvement en disant que de toutes les consultations que j’ai rendues, c’est celle-là qui m’a laissé le meilleur souvenir, voire le seul souvenir : car j’avais appris quelque chose. Et puis Pothier, Portalis, Planiol... comme disent les Anglais, à la différence de l’autobus, il n’en passe pas un toutes les dix minutes !

Philippe JESTAZ
Professeur émérite de droit privé,
Université Paris-Est

