

Droit civil/histoire du droit

Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation du droit antique à la veille de l'adoption du Code Napoléon*

André BÉLANGER

Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval

Ce court historique se justifie par notre volonté de faciliter la remise en question de l'application généralement faite de l'institution de compensation, soit une forme particulière de paiement. Ceci, afin de favoriser tant une plus grande application de la compensation judiciaire qu'une utilisation éventuelle de compensation quand la réciprocité fait défaut – compensation de dettes non réciproques. Cela permet de s'intéresser à nouveau à des textes récents ou de plus d'un siècle. Ces études questionnaient alors le relativement récent Code Napoléon qui faisait de la compensation un mode d'extinction *automatique* des obligations. À l'aube du 10^e anniversaire de l'application du *Code civil du Québec*, il

demeure pertinent de questionner à nouveau le fondement de ces normes qui ne furent que confirmées par le législateur québécois, marquant le caractère éminemment judiciaire du processus compensatoire.

C'est la recherche de l'équilibre des prestations qui est à l'origine de l'institution de compensation. Cette dernière tire son nom de la pesée d'argent : avant que la monnaie ne fût frappée, les anciens se payaient en lingots d'argent ou de cuivre qui devaient être pesés. Servius, qui le premier chez les Romains frappa la monnaie, le fit en lui donnant l'empreinte des *pecudes*, ce pourquoi on la dénomma *pecunia*. De là, *Pensiones* et *Pensationes* désignèrent les prestations

* Le texte qui suit est une version remaniée d'une section de la thèse de doctorat présentée par l'auteur à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval à l'automne 2002, intitulée *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*.

d'argent. Ainsi, « compensation » veut dire que chaque partie paie, *pensat*¹. Plus précisément, « [compenser], *pensare rem aliquam cum aliqua*, signifie proprement peser dans la balance une chose avec une autre, pour s'assurer si leur poids est égal, ou si l'une l'emporte sur l'autre et de combien »². Loin de la compensation légale du Code civil, cela n'est pas sans rappeler l'illustration de l'équité que l'on retrouvait sur les monnaies romaines: une femme tenant une balance de la main droite et un long bâton servant de mesure, la *petica*, de la gauche, main moins habile que la droite et donc moins capable de fraude³.

Toutefois, cette forme de mesure mutuelle des prestations ne constituait pas un mode d'extinction des obligations. Le droit civil, l'*ipsum jus*, n'admettait, pour l'extinction des obligations, que des modes directs résultant immédiatement des principes juridiques qu'il édictait. Le droit romain, en « exact observateur des principes »⁴, ne faisait donc pas de la compensation un véritable mode d'extinction des obligations.

¹ Henry NICHET, *Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et des débiteurs*, thèse, Montpellier, 1934, p. 10.

² Charles Bonaventure TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code; ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. 7, 5^e éd., Paris, Jules Renouard et Cie, 1835, n° 344, p. 26.

³ A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse, Toulouse, 1934, p. 11.

⁴ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 7.

C'est à l'application « extrêmement souple de la compensation au début de l'époque classique, tantôt laissée à l'entière appréciation du juge, tantôt voulue par le prêteur »⁵, que l'on doit le développement de la compensation dans le sens d'une recherche d'équité. Cette évolution, qui allait permettre l'intégration de la compensation dans le droit matériel comme un mode d'extinction des obligations, reçut une dernière extension sous la réforme de Justinien (I), période après laquelle la progression de la compensation serait influencée par une volonté d'indépendance vis-à-vis le pouvoir judiciaire (II).

I. De la compensation sous Justinien

En 531, Justinien procéda à une réforme importante des règles compensatoires dont la conséquence la plus significative fut l'apparition des termes « *ipso jure* ». Ceci opérerait un changement drastique entre la compensation telle qu'elle existait (A) et celle qui serait dorénavant souhaitée par le législateur (B).

A. Période précédant l'apparition des termes *ipso jure*

D'uniquement conventionnelle, en raison du principe de l'unité de question posée au juge au temps de la règle de l'unité de l'action, la compensation devint judiciaire grâce au développement de la procédure formulaire, qui permettait d'insérer des exceptions dans la

⁵ Rurik de KOTZEBUE, *Compensation et procédure; essai de critique et de science juridique pure*, Paris, Sirey, 1945, p. 30.

formule. Dès lors, le juge était en mesure de considérer les prétentions des deux parties relativement à leurs créances réciproques⁶. Cependant, tel que souligné plus avant, la compensation n'était pas considérée pour autant comme une cause d'extinction des obligations :

*Ou bien le demandeur est obligé de déduire, lors de la rédaction de la formule, la créance de sens inverse, ou bien il est recommandé au juge de tenir compte de la créance réciproque au moment de la compensation. Aussi, la compensation n'est-elle pas encore une institution unitaire.*⁷

Aucune partie de la formule n'imposait au juge l'obligation d'opérer la compensation : il en avait la libre faculté – le pouvoir – et ce dernier lui venait de la nature même de l'action⁸. Toutefois, selon un auteur, cette faculté n'était pas *totalem*ent discrétionnaire : il s'agis-

sait en fait d'un devoir basé sur l'équité⁹. Évidemment, son exercice n'est pas automatique, l'équité n'imposant pas systématiquement le recours à la compensation. Ainsi :

*Si par exemple la créance du demandeur est parfaitement claire, celle du défendeur, au contraire, très contestable dans sa nature, très obscure dans sa quotité, si elle manque en un mot complètement de liquidité, si elle-même suspecte, il ne serait pas équitable pour le juge de faire attendre très longtemps le demandeur pour aboutir peut-être au rejet de la créance opposée ou à la réduction d'une somme infime. L'équité exige plutôt un renvoi « ad separatum ».*¹⁰

La compensation n'apparaissait alors que dans trois circonstances, soit les rapports de l'*argentarius* avec le client, les rapports du *bonorum emptor* avec les débiteurs de l'insolvable de qui il a acheté en bloc le patrimoine, et enfin, dans les actions de bonne foi, dans lesquelles le juge avait la liberté de déduire du montant de la demande principale la prétention du défendeur, peu importe l'aspect fongible des créances, la condamnation devant se solder par une somme d'argent.

C'est Marc-Aurèle, par l'introduction de l'exception de *dol*¹¹, qui permit une véritable compensation judiciaire, puisque le défendeur

⁶ Roger MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, thèse, Paris, L.G.D.J., p. 12; François CHABAS, *Réflexions sur la compensation judiciaire*, J.C.P. 1966.1.2026.

⁷ R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 6.

⁸ *Dans les formulaires de Caton, relatifs au louage d'ouvrage pour la cueillette des olives et la fabrication de l'huile, on prévoit plusieurs cas où le salaire sera diminué par la suite de l'inaccomplissement des obligations de l'entrepreneur ou des défauts dans l'accomplissement. Voilà bien la compensation prise sur le fait au milieu du VI^e siècle. Elle est, il est vrai, conventionnelle, mais il s'agit de clauses d'usage; or, tout ce qui a été clauses d'usage est devenu un effet naturel du contrat. La bonne foi exige en effet que les clauses d'usage soient appliquées, même dans le silence des parties.*

Henry NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 14.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*; voir également : R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 6, p. 13.

¹¹ Au sens de *dolus*, ruse et donc défense.

était dès lors en mesure de menacer le demandeur « d'insérer dans la formule une exception de dol si celui-ci n'acceptait pas de ne poursuivre que déduction faite du montant de la créance invoquée par le défendeur »¹². Toutefois, l'effet de cette *exceptio* s'avérait drastique, puisque le demandeur originaire était totalement débouté si le juge la déclarait bien fondée, et ce, même si sa créance était supérieure à la dette opposée par l'exception. Dans un tel contexte d'utilisation, l'exception était utilisée « soit pour que le créancier compense lui-même avant d'agir sous peine de perdre tout son procès, soit, si la menace était inefficace, pour obtenir un débouté total »¹³. Justinien, qui souhaitait créer une véritable compensation, devait prescrire qu'elle se formait *ipso jure*, de manière à ce qu'elle ne soit plus indirecte et dépendante de l'exception de dol¹⁴.

B. La naissance de la compensation *ipso jure*

Par l'instauration de l'exception de dol, le juge acquit le pouvoir de juger en équité de la pertinence de l'application de la compensation. Les abus de demandes reconven-

tionnelles sans cesse croissants avaient entraîné une réaction inévitable, « une oscillation en sens inverse du côté du droit strict »¹⁵. Ainsi, « il fallait ramener à une juste mesure la compensation qui avait dépassé les limites du droit et de l'équité »¹⁶.

Afin de remédier à ces abus, Justinien allait exiger que les créances opposées en compensation soient liquides. En tête du code de *compensationibus*, se trouve le texte suivant, et qui résume l'essence de la réforme :

*Nous voulons que la compensation résulte de plein droit de toutes les actions sans distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. Toutefois, nous voulons que la compensation ne soit opposée que si la cause est claire et non entourée de beaucoup de difficultés, mais qu'au contraire le juge puisse facilement en venir à bout. [...] Il est déplorable de voir la partie adverse opposer la compensation et l'espoir de la condamnation échapper au demandeur par la suite de manœuvres moratoires. Que les juges y fassent attention.*¹⁷

C'est donc à Justinien que l'on doit l'extension et l'unification du système compensatoire¹⁸. Par une constitution de 531, la compensation opère *ipso jure*, mais n'est pas

¹² R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 6, p. 14. Toutefois, l'auteur souligne qu'il existe un doute quant à l'attribution de cette innovation à Marc-Aurèle, et qu'il est difficile d'établir si l'exception ainsi invoquée concerne la procédure formulaire ou la procédure extraordinaire.

¹³ F. CHABAS, *op. cit.*, note 6.

¹⁴ *Id.* Ce qui, souligne l'auteur, est la conséquence du passage de la procédure formulaire à la procédure extraordinaire.

¹⁵ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 34.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Cité par H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 34.

¹⁸ Selon Rurik de Kotzebue, Justinien ne serait pas l'instigateur de la compensation *ipso jure* :

[...] on peut dire que: 1) Justinien ne se proclame nullement l'auteur de l'innovation qui aurait consisté à introduire l'*ipso*

pour autant d'application automatique au sens de la compensation légale contemporaine : sous le droit romain, la compensation n'est que judiciaire ou conventionnelle¹⁹. En fait :

Justinien, tenant compte de la modification de la procédure romaine et de la suppression des actions de droit strict, indiqua qu'il n'était plus nécessaire de soulever expressément l'exception de dol dès le début du procès; quelle que fut l'action, le défendeur put invoquer la compensation en tout état de cause. Les juristes byzantins traduisirent cette situation en disant que la compensation opère ipso jure et non exceptionis ope; mais la compensation était judiciaire, en ce sens que – sauf accord des par-

*ties – elle devait être réclamée en justice et prononcée par le juge.*²⁰

Ces réformes ont donc été accomplies sous l'influence de deux considérations opposées: d'une part, Justinien a étendu la compensation en la faisant entrer dans tous les cas dans l'office du juge, déclarant qu'elle s'accomplirait de plein droit; d'autre part, il créait d'étroites limites, en exigeant que la créance opposée en compensation soit liquide, « c'est-à-dire claire et non entourée de difficultés, pour que le juge puisse facilement en constater l'existence et le montant »²¹. Ce qui fait justement dire à Nichet que « [cette] dernière disposition résout aussi bien que possible le difficile problème que la compensation n'a jamais cessé de soulever depuis son apparition : la conciliation harmonieuse du droit et de l'équité »²².

La possibilité pour le défendeur de demander directement au juge d'opérer la compensation semble donc être le sens à donner au terme *ipso jure* qu'accola Justinien à la compensation²³; c'est sous cette forme que la compensation s'inter-

jure; 2) rien ne prouve qu'il ait réellement innové en cette matière; 3) par voie de conséquence, les textes classiques qui contiennent l'expression *ipso jure* ne doivent pas être considérés, de ce fait et a priori, comme interpolés. Sur ce dernier point, plusieurs arguments nous paraissent décisifs. Tout d'abord, les mots *ipso jure* n'ajoutent rien au sens des phrases où ils se trouvent et se bornent à résumer le contexte; indépendamment de l'expression, l'idée même de l'*ipso jure* existait donc bien chez les classiques. Ensuite, et si l'on admettait que Justinien a été réellement l'auteur de la réforme, appliquée par ailleurs aux seules créances liquides, on ne s'expliquerait pas pourquoi les compilateurs, qui, par hypothèse, ont interpolé *ipso jure* dans les textes classiques, ne l'auraient point accompagné d'une interdiction propre à en marquer la restriction, en disant par exemple : « *ipso jure ex liquido* ».

R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 54.

¹⁹ R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 6, p. 15.

²⁰ Henri MAZEAUD, Jean MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, « Obligations : théorie générale », 8^e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestin, 1991, n(1156).

²¹ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 34.

²² *Id.*

²³ Rurik de Kotzebue précise toutefois : « La portée exacte de la réforme de Justinien et le sens pratique qu'il a voulu donner à l'expression *ipso jure* sont à rechercher dans le rapprochement nécessaire entre sa constitution, et sa novelle de l'an 539, qui remet en honneur l'ancienne pratique des *mutuae petitiones* » : R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 61.

prêtait au terme de son évolution en droit romain²⁴. L'ignorance du droit romain, comme la nature particulière de la justice sous le régime féodal, devait plonger la compensation dans l'oubli pour plusieurs siècles.

II. La compensation postérieure à la réforme de Justinien

La suite de cette brève étude de l'évolution historique de la compensation doit se lire en fonction du développement de la modernité juridique. Cette dernière a donné naissance à la compensation légale (B), qui s'opposait elle-même à la compensation féodale (A). Pour des raisons évidentes, la compensation qui sera ici étudiée sera celle de droit français, ses règles ayant guidé tant l'adoption des dispositions québécoises sous le *Code civil du Bas-Canada* que leur report au *Code civil du Québec*.

A. La compensation féodale

Un auteur²⁵ a déjà analysé l'application qui était faite de la compensation au Moyen Âge en considérant trois grandes périodes. Qu'il nous soit permis de présenter notre étude sous le même schéma, soit une première époque allant jusqu'au XIII^e siècle, une seconde couvrant le milieu du XIII^e siècle jusqu'au début du XV^e, et une troisième qui est celle à laquelle commençait la rédaction des coutumes.

Première période : jusqu'au XIII^e siècle

En France, sous le régime féodal, la justice était rendue par le seigneur. La compensation ne trouvait pas application en raison du principe voulant « qu'une dette n'empêche pas l'autre »²⁶. La cause d'une telle prohibition se trouvait dans une procédure qui était orale. Ainsi, le juge devait éviter de se perdre et de s'embrouiller l'esprit avec les demandes incidentes qui impliquaient l'examen de deux droits plutôt qu'un seul²⁷. À cela, il faut ajouter un formalisme excessif qui s'imposait afin de permettre le respect des nombreuses formes des procès et en raison de l'absence d'écrit²⁸. La compensation, bien qu'elle eût facilité l'extinction des obligations des parties, paraissait trop complexe d'application dans ces circonstances. Comme l'exercice de la justice était gratuit, il ne faut voir dans cette interdiction qu'une simple volonté de simplification d'administration juridique²⁹. La question fiscale sera toutefois fondamentale à partir du milieu du XIII^e siècle.

Seconde période : milieu du XIII^e siècle à la fin du XIV^e

À cette époque, la justice n'est plus rendue par le suzerain et les offices sont créés. La fonction judiciaire devient lucrative par l'intermédiaire de la perception de droits de justice et ne se formalise pas

²⁴ F. CHABAS, *op. cit.*, note 6.

²⁵ Joseph PERCEAU, *Compensation légale, Compensation judiciaire*, Thèse, Paris, 1898.

²⁶ *Id.*, p. 112.

²⁷ *Id.*, p. 113.

²⁸ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 41.

²⁹ J. PERCEAU, *op. cit.*, note 25, p. 115.

d'être ainsi devenue un outil d'iniquité et d'injustice³⁰.

Bien que la procédure soit désormais écrite et non plus orale, la compensation n'en est pas pour autant permise. La découverte du droit romain et son étude dans le nord de la France ne favorisent pas non plus l'utilisation de l'institution compensatoire. La raison principale de cette absence d'application n'est aucunement juridique, mais bien fiscale: il y aurait atteinte aux droits des seigneurs si une dette pouvait éteindre l'autre, et ainsi, aucune demande reconventionnelle n'est permise³¹. En somme, c'est le caractère simplificateur même de la compensation qui se révélait inacceptable.

À cette cause primordiale, il faut en admettre une autre: le peu d'importance accordée, au Moyen Âge, au droit des obligations. Tel que l'exprime un auteur:

*À mesure que les relations sociales se développent, que les besoins et la richesse augmentent en même temps, ce droit prend une place plus importante dans les mœurs et dans la jurisprudence. La féodalité résiste à ce mouvement comme à tous ceux qui ne peuvent amener un progrès qu'en diminuant son influence et ses revenus.*³²

Malgré les efforts contradictoires des seigneurs, l'influence toujours croissante du droit romain réussira toutefois à favoriser le développement de la compensation. Vers la fin du XIV^e siècle, la prohibition

demeure, mais l'extinction des obligations par compensation peut être admise par le juge « toutes les fois qu'elle est opposée de clair à clair, *de liquido ad liquidum*, expression empruntée aux interprètes du droit romain et qui dénote son influence en dehors des pays de droit écrit »³³. Des auteurs y voient le triomphe de l'équité³⁴, triomphe qui sera concrétisé par la rédaction des coutumes.

Troisième période : la rédaction des coutumes

Au moment de la rédaction des coutumes, c'est-à-dire vers le XVI^e siècle, la compensation était très diversement appliquée. Dans les coutumes, où le droit féodal est resté tout puissant, la compensation est interdite; d'autres la consacrent entre dettes liquides; d'autres enfin restent muettes à son sujet³⁵. Toujours sous l'influence du droit romain et de la coutume de Paris, la compensation sera admise de plus en plus facilement, mais non par l'intermédiaire de la reconvention qui demeure généralement prohibée³⁶.

Les seigneurs, étant très jaloux de leurs droits de justice, ne souhaitent aucunement qu'on vienne empiéter sur leur juridiction au moyen de demandes reconvention-

³⁰ *Id.*, p. 116.

³¹ *Id.*

³² H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 41.

³³ J. PERCEAU, *op. cit.*, note 25, p. 118.

³⁴ *Id.*, p. 118; H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 41.

³⁵ J. PERCEAU, *op. cit.*, note 25, p. 120.

³⁶ *Cependant on admet dans la pratique, que la reconvention était admissible : 1) toutes les fois que les parties étaient ejusdem fori; 2) toutes les fois que la connaissance de la dette reconventionnelle n'impliquait pas de prorogation de juridiction.*

Id., p. 119.

nelles. Comme les justices étaient patrimoniales, on ne peut soustraire une affaire à un justicier sans lui porter préjudice. De plus, l'intérêt public ne permet pas que l'ordre des juridictions soit troublé. On craint toujours « que la diversité des plaids en une même cause n'apporte que confusion »³⁷. Face à cette oppression du pouvoir et de l'arbitraire, la référence aux termes *ipso jure* de Justinien a paru utile aux glossateurs afin de justifier une application *autonome* de la compensation. Ce sera la naissance de ce qui allait devenir la compensation moderne.

B. La naissance de la compensation moderne : De l'opposition au système féodal à l'utilisation biaisée des termes *ipso jure*

À partir du XVI^e siècle, la compensation était universellement admise, mais uniquement devant les juridictions royales. De plus, la partie qui l'invoquait devait se munir de lettres royales « comme si elle avait besoin de faire lever un obstacle légal par l'intervention de l'autorité de la royauté souveraine maîtresse du royaume »³⁸. Le droit romain se retrouvait de plus en plus dans les écrits des glossateurs, mais non sans subir diverses altérations « sous l'influence inévitable des institutions et des mœurs en vigueur, de l'esprit de système et des idées préconçues »³⁹. Ainsi :

De nombreuses erreurs [...] se sont souvent glissées dans l'esprit des

*commentateurs qui ne possédaient pas tous les documents dont nous disposons aujourd'hui et qui manquaient quelques fois de critique. Ils étaient pour la plupart animés d'un vif désir de battre en brèche les principes féodaux et plaçaient souvent à leur insu dans les lois romaines les systèmes contraires qu'ils cherchaient à faire prévaloir. Ils sont arrivés sur bien des points et particulièrement en ce qui concerne la compensation, à faire une histoire fautive et une théorie originale. Ils ont altéré le droit romain en voulant l'expliquer ou le compléter. Empruntant au Digeste à peu près toutes les règles de la compensation, ils en ont sans le vouloir changé la nature. Traduisant à la lettre les mots « ipso jure » ils ont, après de vives discussions, décrété que la compensation se réalisait au moment de la naissance des deux dettes par le seul effet de la loi, avec peut-être le secret désir de fortifier le principe lui-même, de lui donner l'autorité qui se refuse à une règle de procédure et qui s'attache à une règle fondamentale et essentielle au droit naturel, en un mot de le mettre en état de lutter contre la résistance féodale et contre les exigences royales.*⁴⁰

Trois interprétations des termes *ipso jure* furent proposées⁴¹. Azon et Accurse, interprètes fidèles du droit romain, soutenaient que la compensation devait être opposée

³⁷ *Id.*, p. 120.

³⁸ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 42.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ H. MAZEAUD, J. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *op. cit.*, note 20, n° 1156, p. 1197.

en justice et prononcée par le juge, tout en admettant la rétroactivité de la décision⁴². Bartole affirmait que *ipso jure* signifiait *sine facto judicis*, soit « sans l'intervention du juge », en conséquence de quoi une déclaration extrajudiciaire du débiteur selon laquelle il entendait bénéficier de la compensation était suffisante. Suivant la troisième interprétation enfin, ces termes sont synonymes « d'automatique », c'est-à-dire, comme nous le savons

aujourd'hui, qu'aucune intervention du juge ou déclaration de la volonté ne serait nécessaire à l'application de la compensation. Tel que le soulignent Mazeaud et Chabas :

*La compensation légale est donc un paiement dont la volonté est exclue : un paiement forcé. Dans les systèmes d'Azon et de Bartole, au contraire, la compensation est un acte volontaire, et par là même se rapproche des garanties, dont doit se prévaloir celui qui veut en bénéficier.*⁴³

C'est un texte de la paraphrase que Théophile consacra aux *Institutes* qui serait à l'origine de la théorie de la compensation légale⁴⁴. Sous l'enseignement du glossateur Martinus Gosia, l'expression *ipso jure* signifiait que la compensation s'opère à la manière de la confusion⁴⁵, soit « dès l'instant que deux créances, exigibles et liquides, lient réciproquement deux sujets de droit, elles s'éteignent automatiquement, même à leur insu, jusqu'à la concurrence de la plus faible, en vertu même de la loi : *ipso jure* »⁴⁶.

En employant le terme *ipso jure*, Justinien n'avait aucunement l'intention de rendre la compensation *légale* au sens du droit positif actuel. Nichet en a fait la démonstration à l'aide de trois observations⁴⁷. D'abord, un tel système aurait amené à des résultats inadmissibles dans les cas où une dette

⁴² Un [...] byzantin du VI^e siècle, Thalelaus, paraît avoir inspiré l'école de Bulgarus et de Johannes Bassianus. La doctrine en a été formulée par Azon qui enseigna que la compensation n'avait lieu que si une des parties faisait valoir son droit de compenser; cependant, une fois introduite par la partie et reconnue par le juge, la compensation déployait ipso jure ses effets rétroactivement dès l'instant de la coexistence des deux créances : celles-ci se trouvaient éteintes, la demeure, la prescription, les intérêts cessaient de courir. [...] Cette théorie, passée dans le glose d'Accurse, a été reprise, sous une autre forme, par Doneau. La compensation, opérée par le débiteur et admise par le juge, tient lieu de paiement, c'est-à-dire qu'elle procure la libération du défendeur ipso jure et non point per exceptionem comme au temps de Marc-Aurèle; la cessation du cours des intérêts et la répétition de l'indu s'expliquent, non par une compensation légale, mais par des raisons d'équité et de commodité; il n'en reste pas moins vrai que la compensation déploie ses effets seulement si le débiteur déclare l'opérer. La créance doit être liquide, pour que le défendeur puisse l'opposer en compensation en tout état de cause; le défaut de liquidité ne supprime pas le droit à la compensation, mais oblige le défendeur à le faire valoir au début du procès, avant que le demandeur n'administre ses preuves.

R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 46.

⁴³ H. MAZEAUD, J. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *op. cit.*, note 20, n^o 1156, p. 1197.

⁴⁴ R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 43.

⁴⁵ *Sine facto hominis*.

⁴⁶ R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 45.

⁴⁷ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 40.

liquide aurait été opposée à une autre non liquide⁴⁸. Ensuite, les termes juridiques mêmes employés dans la rédaction de la *constitution* s'y opposaient⁴⁹. Enfin, la troisième raison et sans doute la principale : Justinien ne mentionnait pas l'exigence de fongibilité alors que cette dernière est essentielle à la compensation⁵⁰. Nichet souligne :

Or, non seulement Justinien n'exige pas la fongibilité qui n'était pas requise avant lui, mais encore il veut que la compensation puisse résulter de toutes les actions et avoir lieu, quelle que soit la nature

*des demandes principales et reconventionnelles. [...] Justinien n'a certainement pas eu l'intention de restreindre le nombre des actions que l'on peut opposer en compensation, sauf l'exigence de liquidité. Voilà la raison décisive. Dans le dernier état du droit romain, la compensation s'opère normalement par une demande reconventionnelle : la Reconvention a absorbé la Compensation proprement dite, voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue sous peine de s'égarer complètement.*⁵¹

Cela n'empêcha toutefois pas la doctrine⁵² de faire son chemin jusqu'au *Code civil du Québec*⁵³.

⁴⁸ *Supposons deux créances, l'une liquide et l'autre contestée, mais égalant la première. Si le créancier de la créance liquide actionne son adversaire, ce dernier n'obtiendra pas la compensation, il sera renvoyé ad separatum pour défaut de liquidité de sa créance. La coexistence des deux dettes n'aura produit aucun effet. [...] Mais si le titulaire de la créance non liquide prend les devants et que son adversaire oppose la compensation, le juge sera obligé de l'admettre et alors les deux créances s'éteindront par le seul fait de leur coexistence. Ainsi, l'extinction des créances au moment où elles deviennent exigibles toutes les deux, dépendrait de la question de savoir qui des deux créanciers actionnera l'autre le premier.*

H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 40.

⁴⁹ *La constitution se sert d'expressions inconciliables avec l'idée de compensation légale. Elle parle d'un défendeur qui oppose compensationem, mais elle parle aussi du juge : qui admittit compensationem, ce qui implique naturellement que la compensation s'opère au moment du procès. Si elle résultait de la loi, le juge n'aurait qu'à la constater.*

Id.

⁵⁰ Surtout dans un contexte non encore sous le joug de l'omnipotente monétisation des échanges quels qu'ils soient.

⁵¹ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 41.

⁵² *Jusqu'au début du XIX^e siècle, les romanistes n'étaient pas beaucoup mieux renseignés que les compilateurs sur l'évolution de la compensation en droit romain ; de là leur préférence pour la compensation légale. Mais la découverte à Vérone, en 1816, des Institutes de Gaius jeta une vive lumière sur la question, et la doctrine de la compensation légale perdit du terrain ; elle n'en subsista pas moins dans la législation française actuelle.*

R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 46.

⁵³ Cette erreur fut d'ailleurs introduite dans plusieurs législations. Ainsi :

Si nous interrogeons les législations étrangères, la plupart d'ailleurs inspirées directement par le droit romain ou par le code Napoléon, nous trouvons presque partout consacré le principe de la compensation légale dans les pays les moins semblables, en Hollande comme en Louisiane, dans les lois déjà anciennes comme dans les plus récentes, dans le code bavarois de 1750 comme dans le code promulgué à Modène en 1852. Tel est également le principe adopté par les codes d'Autriche et de Prusse, par le droit commun allemand, par le code serbe de 1844 et par les lois de la plupart

Reprise par Irnéus, par Tyndarus, par Cujas, Domat et Pothier :

[la compensation] *séduisait par l'explication logique et cohérente, sinon historiquement exacte, qu'elle fournissait à la cessation du cours des intérêts et de la demeure, ainsi qu'à la répétition de l'indu; nul ne se préoccupait alors du fait que les compilateurs avaient tiré ces dispositions spéciales d'hypothèses particulières et, qu'en généralisant, ils leur avaient prêté l'apparence, mais l'apparence seulement, de déductions rigoureuses d'un système homogène.*⁵⁴

C'est donc à la suite de ce « contresens historique »⁵⁵ que la compensation devint le mode d'extinction des obligations automatique décrit par la doctrine⁵⁶. Pourtant, il

ne s'agissait que de permettre l'emploi de la compensation sans les formes de procédure antérieures, telle l'exception de dol. L'idée poursuivie était la suivante : ce n'était « plus le prêteur avec ses actions et ses exceptions, c'est le droit civil lui-même dont l'Empereur est l'interprète suprême, c'est l'*ipsum jus* qui admet dans tous les cas la compensation »⁵⁷.

Comme l'a très justement souligné Nichet :

Justinien a fait comme l'architecte après les travaux de construction : « L'édifice construit, il a abattu l'échafaudage. » [...] L'ipso jure, nous pouvons le dire, est une instruction qui a été donnée aux com-

des cantons suisses [...]. Nous trouvons cependant quelques exceptions à ce principe, presque partout d'ailleurs tempéré par un retour dans certains cas à la compensation judiciaire. Le Code de Berne admet notamment qu'à moins qu'il n'existe un compte ouvert entre les parties, la compensation ne peut s'opérer que si celles-ci en conviennent et le Code de Fribourg décide également qu'en dehors de ce cas une dette ne paye pas l'autre de plein droit.

H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 153.

⁵⁴ R. de KOTZEBUE, *op. cit.*, note 5, p. 46.

⁵⁵ Claude LUCAS de LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, thèse, Paris, 1973, p. 3.

⁵⁶ *La compensation opère de plein droit ipsa vi legis: elle éteint les deux obligations sans intervention des parties ni du juge, automatiquement, dès que les conditions en sont réunies. Sans doute l'une des parties, devant la résistance de l'autre, sera-t-elle parfois contrainte de demander au tribunal de constater que la compensation légale a joué; mais, d'une part, la partie qui oppose la compensation, ne la crée pas:*

elle instruit simplement le juge; d'autre part, le tribunal ne prononce pas la compensation, il la constate: le jugement est seulement déclaratif.

H. MAZEAUD, J. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *op. cit.*, note 20, n° 1156, p. 1197. En droit québécois, voir : Nathalie VÉZINA et Louise LANGEVIN, « L'extinction de l'obligation », dans *Obligations et contrats*, collection de droit, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 139; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 960, p. 769; Maurice TANCELIN, « [...] l'extinction est en principe automatique », *Des obligations. Actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1200, p. 615; Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7^e éd., 1999, p. 780; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., 2001, Montréal, Éditions Thémis, n° 342, p. 613; Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, vol. 2, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 749.

⁵⁷ H. NICHET, *op. cit.*, note 1, p. 38.

*pilateurs, c'est un programme qui leur a été tracé par Justinien; malheureusement, ils ne l'ont pas compris.*⁵⁸

Cette incompréhension a permis à la compensation de devenir, sous l'expression du législateur, un mode d'extinction légal et automatique, l'éloignant de «son sens primitif profond, sens que la réglementation du Code civil [français] masque en grande partie»⁵⁹, et que le *Code civil du Québec*, n'a quant à lui que trop peu permis de remettre en évidence⁶⁰.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 6, p. 22.

⁶⁰ La seule démonstration de la compréhension de la nature particulière de la compensation dont a fait montre le législateur se retrouve à l'article 1673, alors que l'on mentionne l'existence de la compensation judiciaire. Soulignons toutefois que l'éclat de cette reconnaissance *officielle* d'une forme de compensation autre que légale est fortement terni par les conditions judiciaires d'application trop strictes à laquelle elle demeure soumise.