

21409

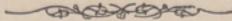
FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

—
DU PRÊT A LA GROSSE.

—
THÈSE
DE DOCTORAT

PAR M. JEAN-MARIE ROUX

Né à SEYSSES.



TOULOUSE
IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC,
RUE ST-ROME, 44.

—
1862.

DU PRÉT À LA CROISSE

INTRODUCTION

THÈSE

DE DICTAIRE

A la mémoire de ma Mère.

La société civile des Français au dix-huitième siècle
intellectuel, moral et matériel, des idées qui la com-
posent.

Les éléments matériels de la prospérité sociale pendant
la période à nous présenter : la population, — le terri-
toire, — le revenu.

L'agriculture, l'industrie, le commerce, les arts, les métiers, les
handicaps, est une introduction au premier chef.

Les arts des sciences à employer pour l'histoire et l'analyse
de la vie, — l'objet de la science du droit, au regard de
la vie, son développement le plus étendu. Néanmoins, ce
qui se rapporte à la population et au territoire, constitue plus
spécialement la matière de l'économie politique, comme
se rapportant à une façon plus immédiate et plus générale
de la vie, dans son ensemble et dans l'histoire de
la nation, — au contraire, la question de la culture
appartient plus particulièrement au droit propre-
ment dit.

MEMOIRE

De la maniere de me servir

Il faut que l'on se propose un but certain, et qu'on s'efforce de l'atteindre par tous les moyens possibles. On ne doit pas se laisser aller à l'impulsivité, mais agir avec réflexion et méthode. Il est important de se donner du temps pour réfléchir et de ne pas se précipiter dans les décisions. On doit aussi être capable de résister aux tentations du moment et de rester ferme dans ses principes. La persévérance est une qualité essentielle pour réussir dans toute entreprise. On ne doit pas se décourager en cas de revers, mais continuer à travailler avec détermination. Il est également important de se entourer de personnes compétentes et de leur demander conseil. Enfin, il faut être capable de s'adapter aux circonstances et de modifier ses plans si nécessaire. La flexibilité est une autre qualité importante pour réussir. On doit être capable de saisir les opportunités qui se présentent et de ne pas laisser échapper ce qui est précieux. En résumé, la réussite dépend de la manière dont on se sert de soi-même. Il faut être discipliné, persévérant, réfléchi et capable de s'adapter. C'est en combinant ces qualités que l'on peut atteindre ses objectifs et réaliser ses rêves.

INTRODUCTION.

La société civile doit travailler au perfectionnement intellectuel, moral et matériel, des individus qui la composent.

Les éléments matériels de la prospérité sociale peuvent se réduire à trois principaux : la *population*, — le *territoire*, — la *richesse*.

Conservier, garantir, accroître ces trois éléments primordiaux est une œuvre sociale au premier chef.

L'étude des moyens à employer pour obtenir ce triple résultat, est l'objet de la science du droit, en prenant ce mot dans son acception la plus étendue. Néanmoins, ce qui touche à la population et au territoire, constitue plus spécialement la matière de l'économie politique, comme se rattachant d'une façon plus immédiate au perfectionnement de la société dans son unité et dans l'efficacité de son action ; — au contraire, la question de la richesse semble appartenir plus particulièrement au droit propre-

ment dit, parce qu'on ne la traite complètement que en réglant les relations réciproques des citoyens, leurs relations civiles et commerciales surtout.

Au gouvernement qui régit une société, il appartient de multiplier les sources de la richesse; — à la loi d'un pays, il appartient de réglementer les relations commerciales, et la mise en œuvre des moyens de s'enrichir que les citoyens peuvent employer, sans sortir des lois de la justice, et sans se causer un mutuel dommage.

La richesse étant une possession de valeurs, l'action du droit s'étend à tout ce qui possède une valeur quelconque; or, « la valeur, dit M. Rossi (1), n'est autre chose » que l'utilité dans sa relation spéciale avec la satisfaction » de nos besoins. »

La valeur qui parmi toutes les autres réalise nommément cette condition est évidemment l'argent ou la monnaie. L'argent est le signe de toutes les autres valeurs, leur véhicule, et l'intermédiaire assuré et universel de leur continuel échange (2).

Le commerce pris dans son sens générique, est le mouvement des capitaux d'une société, soit dans le transport, soit dans les échanges. Le commerce est un bien pour la société qu'il enrichit par l'importation et l'exportation mises en équilibre; — qu'il développe et glorifie par le contact des diverses nationalités; — qu'il féconde en créant de nouveaux débouchés, et en lui apportant, des régions les plus éloignées, des procédés non connus et plus utiles, ou des modes de production plus fructueux.

(1) *Écon. polit.*, tom. III, édit. de Bruxelles, 1842.

(2) Voir sur ce point J. B. Say, *Écon. polit.*, tom. II, liv. 1, ch. 21, où la nature philosophique et économique de la monnaie se trouve fort bien expliquée.

Si le commerce est la source de tant de biens, il est évident que la société doit concourir à sa prospérité et employer les moyens efficaces de donner aux transactions commerciales, plus de facilité et de développement.

Le moyen par excellence est le mouvement plus animé des capitaux, qui, on l'a démontré, équivaut souvent à leur augmentation (1).

Il faut donc que le législateur pourvoie à ce que les capitaux passent aisément des mains de ceux qui les tiendraient improductifs, entre les mains de ceux qui peuvent et savent les utiliser.

Pour cela la loi doit faciliter les prêts; car le prêt est le moyen capital de la prospérité commerciale.

La difficulté des emprunts rendrait, pour ainsi dire, le commerce ou le mouvement des capitaux impossible. A moins de tenir inactive une grande partie de ses capitaux, le négociant le plus riche ne peut se passer des emprunts. Or, l'emprunt de la part de l'un suppose le prêt de la part de l'autre. La loi doit donc, si elle veut le commerce, vouloir aussi le prêt et le promouvoir avec énergie et modération; avec énergie, car elle procurera un grand bien; — avec modération, car il s'agit de ne pas blesser la liberté de chacun et des intérêts respectables.

Le capitaliste en effet n'est point tenu de se dépouiller de ses capitaux pour l'avantage d'un tiers; mais si on ne saurait l'y forcer, on peut l'y amener et faire en sorte qu'il trouve son bien personnel et son utilité propre, à l'utilité et au bien de celui qu'il aide de ses fonds.

Qui ne voit qu'il serait absurde et injuste à la fois de

(1) J. B. Say, *Écon. polit.* liv. 1, ch. 16.

forcer les riches, par voie d'autorité, à prêter de l'argent? Il vaut donc mieux les y engager par le mobile de l'intérêt. User de violence serait léser gravement le droit de propriété qui est le fondement de toutes les relations commerciales; on détruirait le commerce au lieu de le développer. — De plus, on devrait s'immiscer dans les affaires domestiques, car sans cela la loi s'exposerait à porter des prescriptions impossibles à mettre en pratique. — Ne vaut-il pas mieux d'ailleurs s'adresser à la libre volonté de l'homme que de lui imposer d'inévitables obligations (1).

Une compensation sera donc offerte au prêteur et la loi fixera un taux à la charge de l'emprunteur qui profite des avantages du prêt. C'est ce qu'on nomme le taux de l'intérêt légal, différent en matière civile et en matière commerciale.

De la sorte la loi met un frein à l'usure, et n'arrête pas le développement utile et nécessaire du commerce. Quoi que puissent en dire Turgot, Bentham (2) et bien d'autres philosophes de l'Ecole utilitaire, l'usure est un mal contre lequel la loi et les tribunaux ne sauraient trop fortement sévir.

La loi doit protection à l'emprunteur probe, mais momentanément embarrassé, contre le prêteur cupide et impitoyable. L'infortune et le malheur ont un droit naturel et imprescriptible à la protection efficace du législateur. Au contraire, l'improbité qui pressure l'indigent ne doit attendre que sa sévérité; car dans les contrats de cette sorte, outre que l'égalité disparaît, une des parties man-

(1) Tapparelli d'Azeglio. — *Saggio di diritto naturale*, liv. iv, ch. 4.

(2) Bentham, *œuvres*, t. III, .. 196 et seq. *Lettres sur l'usure*. — Turgot, *Mémoire sur l'usure*, cité par Bentham (*ibid*).

que de la liberté nécessaire à la validité naturelle de l'acte.

Mais la fixation d'un taux par la loi trouve sa raison d'être, dans l'utilité sociale, le progrès du commerce, la nécessité d'intéresser le prêteur, et l'utilité réelle que l'emprunteur retire de l'avance des fonds.

La nécessité des lois sur l'intérêt croîtra en proportion du besoin plus vivement senti des capitaux, et de la difficulté croissante des prêts gratuits.

Or, les nations étendant sans cesse leurs relations mutuelles et leurs transactions quotidiennes, le commerce augmentant la quantité de marchandises en circulation, le besoin des capitaux qui puissent transporter ces valeurs s'est accru, et les raisons de ne point prêter gratuitement se sont également multipliées, alors que tant de besoins nouveaux réclament sans cesse les capitaux qui de nos jours, et dans l'état présent des affaires (quoi qu'il en soit du passé, dont nous dirons un mot dans le cours de ce travail), sont rarement improductifs.

Des principes exposés précédemment, il résulte que :

- 1^o L'avantage du commerce en général, dont le mouvement des capitaux est la ressource la plus active ;
- 2^o L'avantage particulier de l'emprunteur ;
- 3^o L'intérêt légitime du prêteur ;

Sont, dans le sens indiqué par nous, la raison et la base de la fixation du taux de l'intérêt légal.

Il résulte conséquemment encore que :

- 1^o Là où le commerce retirera d'un mode particulier de prêt, un avantage plus réel ou une animation plus prononcée ;
- 2^o Là où l'emprunteur rencontrera en recevant des capitaux la satisfaction d'un besoin plus impérieux, et un

secours plus efficace pour d'importantes opérations commerciales ;

3^o Là où le prêteur aura besoin pour la garantie raisonnable de ses intérêts, et à cause des chances de perte, d'assurances plus considérables ;

La loi pourra permettre aux parties de modifier le taux général et ordinaire de l'intérêt conventionnel ou de l'intérêt légal.

C'est ce qui a lieu dans le *prêt à la grosse* pour le commerce maritime.

Définir la nature de ce prêt dont nous venons d'établir les motifs et la convenance ; — poser d'après le Droit romain les règles principales et les conditions de ce prêt ; — en indiquer l'histoire dans le droit coutumier, et notre ancien Droit français ; — retrouver dans notre Droit français actuel les principes posés par le Droit romain et conservés par l'ancien droit ; — exposer les règles de détail, rayonnement de ces principes, apprécier la jurisprudence dans ses principaux arrêts, tel sera le plan de ce travail.

Puissions-nous mettre en lumière cette conclusion de tout ce qui précède, à savoir : que la loi n'a jamais manqué au grave devoir qui oblige les sociétés d'augmenter la richesse des citoyens, et de favoriser le développement des transactions utiles et honnêtes.

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

Définition et dénomination du Prêt à la Grosse. — Caractères généraux de ce prêt.

Les Romains appelaient indifféremment, *nauticum fœnus*, *trajectitia pecunia*, *nautica* ou *maritima pecunia*, le prêt d'une somme d'argent qui devait être employée au commerce maritime, à la charge par l'emprunteur (*debitor*) de rendre au prêteur (*creditor*) ladite somme en cas d'heureuse arrivée, avec l'intérêt nautique convenu; et sous la condition si le navire se perdait par fortune de mer dans le voyage déterminé, de ne rendre ni le capital prêté, ni les intérêts convenus.

Observons cependant que le contrat à la grosse aventure n'avait pas en réalité à Rome de nom particulier. Les

expressions *nauticum fœnus*, *trajectitia pecunia* désignent non le contrat lui-même, mais, — la première, la conséquence de l'opération, consistant dans le paiement des intérêts maritimes; la seconde, la destination de l'argent prêté, ou des choses acquises avec cet argent.

Modestin fr. 4. Dig., de *Naut. Fœn.*, nous indique les caractères les plus essentiels du prêt à la grosse. L'argent ou la marchandise acquise avec cet argent doit être exposé à un risque de mer; — ce risque doit être à la charge du donneur.

Cependant ce texte ne nous indique pas toutes les conditions du prêt à la grosse; — il faut, pour les connaître toutes, consulter plusieurs autres fragments, qui exigent comme troisième condition que l'emprunteur s'engage à payer au prêteur, en cas d'heureuse arrivée et pour prix des risques, une somme d'argent.

Dans son commentaire sur le titre de *Nautico Fœnore*, Cujas se demande à quel contrat peut se rapporter le prêt à la grosse. — Certaines analogies le rapprochent du louage, mais trop de différences l'en séparent, pour qu'on l'assimile à ce contrat; si, en effet, les deniers sont donnés pour qu'on s'en serve moyennant un certain prix, — la chose louée est ici destinée à se consommer par le premier usage.

Ce n'est pas non plus une société, puisque l'argent fourni à la grosse devient propre à celui qui l'a reçu, que le profit de la navigation maritime lui revient en totalité, sauf l'intérêt maritime convenu, et que les risques sont pour le donneur.

Est-ce un *mutuum*? Non, répond Cujas. Le *mutuum* est un contrat à titre gratuit; la *condictio* est accordée au prêteur contre l'emprunteur, cela est vrai, mais cette *condictio* est

strictement limitée au recouvrement de la somme prêtée, sans comprendre aucun profit. — Ces raisons amènent Cujas à décider que le contrat est double, et que, s'il y a un *mutuum* pour la somme prêtée, une stipulation est nécessaire pour faire naître l'obligation de payer les intérêts maritimes ou autres.

Cette décision de Cujas soumet le prêt à la grosse aux règles ordinaires d'après lesquelles le *mutuum* d'une somme d'argent n'oblige à rendre que ce qui a été reçu.

Nous sommes loin de rejeter l'autorité de ces règles ordinaires, nous croyons cependant que le prêt à la grosse est un *mutuum* donnant lieu à une *condictio*, aussi bien pour les intérêts que pour le capital.

Sans doute, le *mutuum* ordinaire d'une somme d'argent ne peut obliger qu'à rendre ce qui a été reçu, et Paul (fr. 17, de Pactis. Dig.) affirme avec raison qu'il ne pourrait en être autrement, puisque les intérêts seraient un objet tout nouveau et un accroissement de ce qui aurait été réellement donné; mais le prêt à la grosse était soumis à des règles particulières; en voulant le soumettre aux principes généraux, on oublierait que, dans les matières exceptionnelles, c'est l'exception qui devient la règle.

Dans la *trajectilia pecunia*, il y a un prêt d'argent avec promesse d'intérêts, ne formant qu'un seul et même contrat, donnant lieu à une seule et même action; — prêt et promesse que l'on ne peut comprendre l'un sans l'autre.

Les lois romaines nous offrent d'ailleurs l'exemple de plusieurs cas exceptionnels dans lesquels, sans stipulation, le *mutuum* ordinaire pouvait produire des intérêts. — La loi 12, Code de *Usuris*, décide que lorsque des denrées sont données en vertu d'un *mutuum*, « *accessio ex nudo facto*

etiam præstanda est. » — D'autres textes, pour des motifs différents, présentent des décisions pareilles pour le cas où le *mutuum* est fait par une ville ou par un *argentarius*. Dans tous ces cas, l'obligation de payer des intérêts ne change pas le caractère du contrat qui reste toujours un *mutuum*. — Pourquoi en serait-il autrement pour le prêt à la grosse ?

Au reste les textes viennent prêter une force nouvelle à l'opinion que nous avons cru devoir soutenir, car les jurisconsultes ou les empereurs emploient toujours, en parlant de ce contrat, les mêmes expressions que quand il s'agit d'un *mutuum* proprement dit. — *Fœenerator pecunians, usuris maritimis MUTUAM dando*, dit le fr. 6, D. h. t. — *Casus trajectitiæ pecuniæ quæ periculo creditoris, MUTUO datur*, porte la loi 4, h. t. Code. — Comme il est difficile de comprendre qu'un prêt maritime eût lieu sans produire des intérêts, il faut bien admettre que ces intérêts essentiels au prêt à la grosse étaient demandés au moyen de la *condictio*.

Résumant cette discussion déjà trop longue peut-être, nous croyons être fondé à affirmer que le prêt à la grosse n'était en droit romain qu'une variété de *mutuum* modifiée par la convention d'intérêts, et par l'*alea* qui l'accompagnait.

Comme le *mutuum* le contrat se formait donc *re et obligae* seulement l'emprunteur.

De plus sa connexion avec le *mutuum* faisait de ce prêt un contrat *stricti juris* ; — la convention d'intérêts, un contrat à titre onéreux ; — la convention des risques, un contrat aléatoire pour les deux parties.

Cette assimilation du prêt à la grosse avec le *mutuum* nous permettra de résoudre, par l'application des règles

du *mutuum*, certaines questions que les textes n'ont pas prévues, ou n'ont pas assez clairement résolues.

Il ne faudrait pas cependant pousser trop loin l'assimilation entre ces deux contrats. Chacun d'eux a un but différent, forme une institution distincte. — Je crois donc utile de préciser dès ce moment les points sur lesquels le contrat, auquel ce travail est consacré, diffère du *mutuum* ordinaire avec stipulation d'intérêts.

Dans le prêt terrestre, nous l'avons déjà dit, l'intérêt, sauf les exceptions signalées, n'était dû qu'en vertu de la stipulation (*Sent. Pauli*, liv. 2, tit. 14; D. fr. 3, de *Usuris*; fr. 24, de *Præscriptis verbis*); l'intérêt maritime, au contraire, était dû en vertu d'un simple *parte* (D. fr. 3, § 1, h. t.; L. 7, D. h. t.).

Dans le prêt terrestre, le péril de l'argent regardait l'emprunteur (L. 11, C., *si certum petatur*), tandis que l'argent prêté à la grosse était aux risques du prêteur (D. fr. 4, h. t.; *Paul*, liv. 2, *Sent.*, tit. 14, § 3).

Le taux de l'intérêt était différent (*Cod. de Usuris*. L. 26, § 2; *Paul*, liv. 2, tit. 14, § 13).

Enfin, le prêt terrestre existait par la remise de la somme prêtée, tandis que le prêt maritime n'acquiescrait son caractère particulier qu'au moment où le risque commençait. Si la somme empruntée avec convention d'un intérêt maritime n'a point été employée à l'expédition projetée, *non erit trajectitia* (D. h. t., l. 1, pr.).

CHAPITRE II.

Des éléments essentiels du prêt à la grosse.

Les éléments essentiels du contrat à la grosse sont, en Droit romain :

1^o Une chose prêtée; c'est le plus souvent une somme d'argent;

2^o Une ou plusieurs choses sur lesquelles le prêt soit fait;

3^o Des risques maritimes auxquels ces choses soient exposées;

4^o Une somme convenue entre les parties, ou fixée par la loi (suivant les temps), que l'emprunteur s'engage à payer au prêteur en cas d'heureuse arrivée pour prix des risques que celui-ci a courus.

SECTION I. — *Des choses qui peuvent faire l'objet du prêt à la grosse.*

Si, comme nous l'avons dit plus haut, le prêt à la grosse est une variété du *mutuum* modifiée par la convention d'intérêts, et l'*alea*, il peut avoir pour objet les mêmes choses que le *mutuum* ordinaire, c'est-à-dire toutes celles *quæ pondere, numero, mensurave constant et quæ usu consumuntur* (L. 2, § 1, de *Rebus creditis*).

Cependant le nom de *Trajectitia pecunia, nautica pecunia*, employé, quoique improprement pour désigner ce contrat, nous indique suffisamment que si à l'origine ce prêt pouvait avoir pour objet toute espèce de choses appréciables, susceptibles de se consommer, plus tard, dans l'usage du moins, et pour la plus grande facilité du commerce, on ne donnait à la grosse que de l'argent.

Une des principales raisons qui durent amener les Romains à remplacer les choses fongibles par de l'argent, dut être la difficulté d'appliquer à ce contrat ce principe du *mutuum* que l'emprunteur doit rendre, non les objets

eux-mêmes qui lui ont été prêtés, mais des objets de même nature.

L'emprunteur pouvait convertir cet argent en marchandises, si bon lui semblait; car le prêt était trajectice, non seulement quand l'emprunteur emportait l'argent sur un navire pour l'employer au lieu de destination, mais aussi quand des marchandises avaient été acquises en échange des deniers prêtés, du consentement de celui qui les avait fournis.

Ces marchandises étaient alors subrogées à l'argent prêté; elles voyageaient aux risques du donneur, et c'était leur perte ou leur salut qui déterminait la libération de l'emprunteur, ou son obligation de fournir le profit maritime (D. h. t., fr. 1). — Si au moyen de l'argent emprunté le navire avait été réparé ou acheté, il était également subrogé à la somme prêtée.

Il résulte encore de l'assimilation du prêt à la grosse au *mutuum*, que celui-là seul qui est propriétaire de la chose peut faire de cette chose l'objet de ce contrat. Si cependant le propriétaire autorisait un tiers à prêter une chose, ou s'il ratifiait un prêt déjà fait, ce prêt serait valable (L. 2, § 4, de *Rebus creditis*). On doit adopter la même solution dans le cas où l'objet, illégalement prêté par le non propriétaire, a été consommé de bonne foi par l'emprunteur, sauf au propriétaire son recours contre le prêteur pour avoir disposé de la chose sans son consentement (L. 13, de *Rebus cred. D.*). *Bonæ fidei consumptio reconciliavit mutuum.*

SECTION II. — Des choses sur lesquelles le prêt était fait.

Le prêteur, dans le contrat à la grosse, a foi en l'emprunteur; il doit cependant prendre vis-à-vis de lui des

précautions qui lui permettent d'être payé dans le cas où l'emprunteur ferait un heureux voyage.

Il n'est donc pas douteux d'abord que le prêteur à la grosse ne pût exiger une caution avant de remettre son argent à l'emprunteur; or, en règle générale, la caution est soumise aux mêmes obligations que le preneur lui-même, à moins que le cautionnement n'ait été mitigé par quelque parte particulier. — Le fidéjusseur sera donc tenu de payer le capital et le *pretium periculi* en cas d'heureuse arrivée. — Le fr. 116 de *Verbor. obligat.*, appliquant à un cas particulier cette règle générale, décide que le prêteur à la grosse, dans le cas où il n'était pas intégralement payé par l'emprunteur, pouvait encore agir contre le fidéjusseur dont il avait ainsi stipulé : « *Quando minus a debitore consecutus fuero, dare spondes?* »

Mais le prêteur à la grosse avait d'autres moyens pour assurer le paiement de ce qui lui était dû en cas d'heureuse navigation. — Il pouvait d'abord par une hypothèque affecter certaines choses au paiement de son prêt; la loi lui donnait, en outre, en certains cas un privilège résultant de l'emploi qui avait été fait de l'argent prêté.

§ 1. — *Des choses affectées par hypothèque au remboursement.*

Il est parlé dans une foule de textes du Droit romain, d'une hypothèque qui affectait au paiement de ce qui était dû, le navire ou les marchandises : « *Mutuum pecuniam accepit, idque creditum esse sub pignoribus et hypothecis,* » dit le fr. 122, § 1, D. de *Verbor. oblig.* — Les fr. 4 et 6, D. de *Naut. fœn.* ne sont pas moins explicites : « *Quasdam merces in nave pignori accepit* » dit la loi 6.

L'on peut, je crois, conclure de ces textes que la convention d'hypothèque était à Rome presque générale. De leurs termes généraux on peut aussi tirer cette autre conclusion que toute chose exposée au risque de mer, pouvait être affectée au paiement de ce qui était dû.

En Grèce, suivant Démosthène, cité par M. Pardessus (*Lois maritimes*, t. 1, p. 45), le prêteur stipulait ordinairement que la valeur des choses affectées serait double du montant du capital prêté. — Rien ne nous prouve que cette règle ait été suivie à Rome; cependant lorsque tant d'autres règles ont passé de la législation athénienne sur le prêt à la grosse dans les lois romaines, nous ne voyons pas pourquoi celle-ci aurait été rejetée. Nous croyons du moins probable qu'à Rome tout prêt fait pour une somme excédant la valeur des objets auxquels il était affecté, était prohibé. Cette règle est juste; on comprend, en effet, qu'une dette trop considérable et au-dessus des forces de l'emprunteur, l'intéresserait à la perte ou à la prise de son navire.

Entre les divers créanciers hypothécaires, le rang se règle par la date du contrat : « *Potior tempore potior jure.* » Toutefois, le prêteur qui aura conservé le gage de tous les intéressés doit être préféré; c'est en quelque sorte la récompense du bienfait apporté par le prêt privilégié à la masse des autres : « *Hujus enim pecunia, salvam fecit, totius pignoris causam.* » (fr. 6, *qui potiores*, Dig.). — Il est juste que le prêt qui a été fait pendant le voyage, pour les besoins de l'expédition, soit préféré à tous ceux qui l'ont précédé au port du départ. De même la position du premier prêteur pendant le voyage est justement modifiée par un second prêt contracté postérieurement et hypothéqué sur les mêmes objets, puisque le premier prêteur

ne peut réclamer son droit que parce qu'il a été sauvé par le second donneur à la grosse. — Ainsi le rang des créanciers hypothécaires était modifié par la cause qui avait donné naissance à l'hypothèque. — C'est ce que dit très-bien Ulpien dans les fr. 5 et 6, *qui potiores*, D. — Ces textes, dont ce qui précède n'est presque que la traduction, consacrent évidemment des hypothèques privilégiées.

L'hypothèque est accordée au donneur non seulement pour le principal, mais aussi pour les intérêts et autres accessoires. L'obligation pour le principal et les intérêts naissant en effet d'une même cause et d'un même contrat, le même privilège doit compéter au donneur pour le tout : « *Non tantum sortis sed etiam usurarum potior est.* » (D. fr. 18, *qui potiores*; Cujas, *Resp. Scævola*, lib. 4.)

L'hypothèque sur les marchandises empruntait à la nature du contrat à la grosse certains caractères particuliers qu'il est important de signaler. Ainsi, dans le cas où le prêt avait été fait pour l'aller et le retour, l'hypothèque qui grevait les marchandises trajectives subrogées à l'argent livré, n'empêchait pas de les vendre au lieu où elles devaient l'être. Les marchandises avaient été achetées pour être vendues au lieu de destination ; si l'hypothèque avait eu pour résultat d'empêcher le débiteur de les vendre, celui-ci n'aurait pu effectuer l'opération en vue de laquelle il avait fait son emprunt. Pour mettre d'accord les intérêts du donneur et ceux du débiteur, on substituait les marchandises du retour à celles qui avaient été vendues, et c'était sur elles que le *creditor* avait désormais hypothèque.

Si le prêt avait été fait seulement pour l'aller, le prêteur exerçait les droits que lui donnait l'hypothèque, au

lieu de destination, par l'intermédiaire d'un esclave embarqué sur le navire pour réclamer le paiement à l'époque de la cessation des risques.

Le fr. 6, D. *de Naut. fen.* nous apprend que l'on pouvait convenir d'une hypothèque qui frapperait non seulement les marchandises exposées au danger de mer, et le navire qui les portait, mais encore d'autres marchandises chargées sur d'autres navires.

Le prêteur ne peut réclamer l'argent qu'après l'arrivée du navire à bon port. Si donc le navire périt pendant que les risques sont encore à la charge du prêteur, il ne pourra réclamer ni son argent ni les gages qui lui auraient été donnés en garantie. Les gages, en effet, ne garantissent le remboursement que quand le paiement doit avoir lieu; or, si le navire périt *intra statuta tempora*, l'*alea* maritime du prêteur n'étant pas réalisée contre lui, le remboursement n'est plus possible; l'emprunteur est libéré ainsi que les gages qu'il a donnés. C'est ce que dit Paul h. t. D. fr. 6. — Et, en effet, dit Cujas, l'obligation principale se trouvant éteinte, l'hypothèque qui n'en était que l'accessoire s'éteint également : « *Cum principalis obligatio non consistit, nec pignoratitia quæ sequitur locum habet.* »

§ 2. — *Du privilège accordé au prêteur.*

A côté de la convention d'hypothèque, on chercherait vainement en Droit romain un moyen différent qui permit au donneur à la grosse d'assurer dans tous les cas le paiement de ce qui lui était dû en cas d'heureuse navigation.

Je n'ai trouvé du moins aucun texte qui portât la trace de l'existence d'une sûreté particulière au profit du don-

neur à la grosse ; aucun texte qui ait créé, par exemple, un *tacitum pignus* pour lui.

Toutefois les fr. 26 et 34, D. *de rebus auct. jud.*, nous disent que, même en l'absence de toute convention, le prêteur jouit en quelques cas d'un privilège résultant de l'emploi qui a été fait de l'argent prêté : « *Qui in navem exstruendam, vel instruendam, vel etiam emendam credidit privilegium habet fabricandæ, emendæ, vel armandæ causâ navis.* » Ce privilège a été accordé aux donneurs, parce que le but primitif de l'institution du contrat à la grosse a été de faciliter la construction des navires, d'activer le commerce maritime ; car, comme le dit Ulpien, fr. 1, § 20, de *Exercitoria actione* : « *Ad summam rempublicam, navium exercitio pertinet.* » Une raison d'ordre public a donné naissance à ce privilège.

Le privilège, on le sait, n'était pas en Droit romain, comme chez nous un véritable droit réel, donnant naissance à un droit de suite et à un droit de préférence. A Rome, le privilège dont jouissait une créance ne pouvait la faire changer de nature ; la créance privilégiée ne passait qu'avant les créances de même nature qu'elle. En d'autres termes, le privilège avait pour objet d'établir un droit de préférence dans la même classe de créanciers, mais ne faisait jamais sortir un créancier de sa classe. Aussi la créance chirographaire, mais privilégiée, primait toutes les créances chirographaires, mais était primée à son tour par les créances hypothécaires même non privilégiées (Loi 9, Cod. *qui potiores in pig.*). — La même solution dérive de la loi 7. C. *eod. tit.* Enfin la loi 17 de *pig. et hypot.* Cod. déclare formellement qu'à défaut d'une hypothèque expresse il n'en existe pas de tacite au profit du créancier qui a prêté des deniers pour l'achat d'un immeuble.

Appliquant ces principes généraux au contrat que nous étudions, nous dirons que le donneur à la grosse qui prête pour l'achat, la construction ou l'équipement d'un navire, n'aura, en vertu de son privilège, qu'un droit de préférence opposable aux créanciers chirographaires, mais à eux seulement. Il sera donc primé par un créancier généralement moins préférable que lui qui n'aura fait que prêter pour l'achat des marchandises placées sur le vaisseau que lui donneur a payé, mais qui n'aura consenti à ce prêt que si le navire est hypothéqué à sa créance.

Cependant cette opinion a rencontré des contradicteurs. Ainsi Accurse prétend que celui qui a fait un prêt pour acheter, réparer, ou construire un navire, doit, en vertu de son privilège, primer les créanciers hypothécaires. Pour soutenir cette opinion, bien plus rationnelle, il faut l'avouer, que celle que l'appréciation des textes indiqués plus haut nous a fait adopter, il s'appuie sur un sénatus-consulte de Marc-Aurèle rapporté par Papinien, fr. 4. D. *in quibus causis pig. vel hypoth.* Ce sénatus-consulte accorde à celui qui a prêté de l'argent pour réparer une maison, une hypothèque tacite privilégiée sur cette maison. Par analogie Accurse décide que celui qui a prêté pour réparer un navire doit jouir du même avantage, puisque son argent n'a pas moins servi à réparer le navire que la maison.

Donneau (*de pignoriibus*) refuse d'accepter une pareille assimilation. On pouvait, dit-il, avoir accordé une hypothèque privilégiée au prêteur d'argent pour réparer une maison, sans avoir voulu pour cela accorder la même faveur à celui qui prête pour réparer, construire ou acheter un navire, et il remarque à ce propos, ce qui est fort juste, que les lois romaines avaient, en plusieurs circon-

stances, favorisé puissamment la réparation et la construction des édifices. Nous croyons cependant que l'analogie mentionnée par Accurse est rationnelle; si les Romains tenaient à la beauté de leur ville, ils encourageaient aussi par tous les moyens la construction et la réparation des navires. S'il en est ainsi, il faut donc conclure avec Accurse à l'existence de cette hypothèque tacite privilégiée au profit du prêteur à la grosse. Mais nous l'avons déjà niée.

Dans les affirmations d'Accurse, nous faisons deux parts: celle de vérité, celle d'erreur. Avec lui, nous adoptons l'assimilation, repoussée par Donneau, entre le prêt pour les édifices et le prêt pour les navires. Mais nous croyons qu'Accurse se trompe, lorsqu'il prétend trouver dans les textes la preuve de l'existence d'une hypothèque tacite privilégiée au profit du prêteur pour la construction des édifices.

Ulpien répète à plusieurs reprises, en quelque sorte avec obstination, que le prêteur, pour réparation d'édifices, n'avait droit qu'à un simple privilège (fr. 25, D. *de Rebus cred.*; fr. 1, D. *de Cessione bonor.*).

A ces lois on oppose le sénatus-consulte de Marc-Aurèle, mais le fr. 24, § 1, *de Reb. auctor. jud.*, établit d'une façon péremptoire que ce sénatus-consulte n'a établi qu'un privilège. Ce texte reproduit les termes de l'édit, ce que ne fait pas le fragment de Papinien sur lequel on s'appuie. Aussi est-il probable que le mot *pignus* qui se trouve dans ce dernier texte, n'est qu'une reproduction maladroite du fragment d'Ulpien qui, selon nous, contient la véritable pensée de l'édit impérial: « *Divus Marcus ita edixit: creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit in pecunia, quæ credita erit, privilegium exigendi habebit.* » En définitive, mais pour d'autres raisons que

celles invoquées par Donneau, nous repoussons l'opinion d'Accurse comme manquant de base.

SECTION III. — *Des risques maritimes auxquels les choses prêtées sont exposées.*

D'après la définition que nous avons donnée du prêt à la grosse, un de ses caractères essentiels, et celui qui le distingue peut-être le plus profondément du *mutuum* proprement dit, c'est que l'argent prêté est exposé à un risque spécial : *trans mare vehitur*. Ce risque, à moins de convention contraire, est à la charge du créancier. La chance courue par le prêteur, non seulement de ne réaliser aucun profit, mais encore de perdre le capital prêté, pouvait seule justifier le taux élevé du *nauticum fœnus*; aussi le risque de mer ne sera-t-il dû que dans le cas où l'aventure de mer aura été effectivement courue, soit par la somme prêtée, soit par le navire, ou les marchandises subrogées à cette somme.

L'argent qui se consomme dans l'endroit où il a été prêté, ne peut être appelé trajectice; car nous dit le fr. 1, h. t. D., celui-là seul est trajectice qui est exposé aux fortunes de mer.

Pour que les marchandises achetées avec l'argent prêté soient substituées à cet argent, il faut, dit encore le même fragment, que : *periculo creditoris navigent*. Elles ne peuvent donc être vendues dans l'endroit où l'argent a été emprunté pour se les procurer. Le contrat ne devient donc véritablement un prêt à la grosse que du jour où le péril a commencé d'avoir son cours : « *ex eâ die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat.* »

La const. 2, Cod. h. t., déclare que si un prêteur a stipulé que l'argent qu'il prêtait lui serait remboursé à Rome, en prenant soin de convenir que cet argent ne court pas le péril incertain qu'on a coutume de redouter dans une navigation, ce prêteur ne pourra réclamer des intérêts supérieurs au taux légal : « *Non est dubium, pecuniæ creditæ ultra licitum modum, te usuras exigere non posse.* S'il fallait pour que le contrat à la grosse existât qu'un risque fût couru, il fallait aussi que ce risque fût à la charge du créancier; et si les parties convenaient que les risques maritimes seraient à la charge de l'emprunteur, le prêteur ne pouvait rien exiger au-delà des intérêts ordinaires (L. 4, Cod. h. t., fr. 4. D. h. t.).

Le risque maritime qui pendant toute la durée de la traversée était à la charge du créancier (D. fr. 1 et 3, h. t.; Cod. l. 1 et 4), n'était à la charge de l'emprunteur que lorsque le navire qui portait l'argent ou les marchandises était arrivé au lieu convenu, c'est-à-dire lorsque le risque maritime cessait. La durée du temps pendant lequel le *nauticum fœnus* était dû, se trouvait en rapport avec la durée des risques à la charge du prêteur, et si par suite de la convention des parties le prêteur ne voulait pas se charger des risques pendant tout le voyage, il ne pouvait plus exiger l'intérêt maritime du moment où les risques de la navigation passaient sur la tête de l'emprunteur (fr. 4, pr. h. t. D.).

§ 1. — *Quels risques sont à la charge du créancier.*

En quoi consistent les risques que doit courir le prêteur? La réponse est facile, elle résulte des textes et de la nature même du contrat. Le prêteur, en fournissant les fonds destinés soit à armer le navire, soit à com-

prêter son chargement, a dû prendre à sa charge tous les risques que les dangers de la mer feraient courir au navire, aux marchandises « *ex maris discrimine.* »

Si donc le navire périt dans une tempête ou par suite d'une tempête, l'obligation de l'emprunteur s'est éteinte, et il n'est tenu de rendre ni capital ni intérêts.

Il en sera de même dans tous les cas où le dommage sera la conséquence directe du transport par mer : tels sont, parmi ces dommages, le jet, l'incendie par le feu du ciel, la prise par les pirates.

La perte sera encore pour le donneur, s'il a autorisé l'emprunteur à acheter des marchandises qui peuvent être confisquées, si les marchandises périssent par suite de leur vice propre, ou par défaut de soins de la part du *creditor*.

Cependant cette responsabilité du *creditor* doit cesser toutes les fois que le débiteur est en faute. Ainsi il est bien certain que le prêteur ne pourra pas être responsable des accidents qui proviendront, soit de l'incurie et de la négligence de l'armateur, soit de la faute du capitaine (L. 3, C. h. t.).

Si le capitaine a chargé, à l'insu du créancier, des marchandises prohibées qui ont été confisquées; si, devant se diriger vers tel port déterminé, il a changé de route, et que par suite de ce changement il ait été pris par les pirates; s'il a abordé dans un lieu infecté de brigands et de voleurs; s'il a laissé les marchandises exposées à la pluie ou au mauvais temps sur le pont du navire, ou bien s'il les a chargées sur un navire mal construit qui ne pouvait tenir la mer, il sera responsable du dommage et devra rembourser au prêteur l'argent et l'intérêt convenus. Il en sera de même dans tous les cas où l'emprunteur sera en

faute; car il résulte bien évidemment de la loi 3 au Code que le « *creditor agnoscit damna fatalia non quæ contingunt ex culpa debitoris.* »

Nous avons dit que les marchandises achetées avec l'argent prêté étaient substituées à l'argent pour les risques à courir lorsque cette substitution avait lieu du consentement du *creditor*. Nous croyons en effet que ce consentement devait être formellement exprimé. Le *creditor* a pu vouloir que l'argent fût transporté sur mer et craindre un pareil transport pour des marchandises plus encombrantes, plus exposées à périr ou à se détériorer, et pouvant être d'ailleurs des marchandises prohibées dont le fisc pourrait se saisir.

§ 2. — Des temps et lieux du risque.

Le donneur ne répondait de la perte des objets prêtés, ou des dommages qu'ils avaient éprouvés par suite de l'un des événements qui viennent d'être énumérés, qu'autant qu'ils étaient arrivés pendant l'espace de *temps* et dans le *lieu* où la convention avait mis ces fortunes de mer à ses risques.

A. *Temps des risques.* — En l'absence de toute convention, les risques couraient pour le *creditor* du jour où le navire mettait à la voile : « *ex quo navem navigare conveniat.* » (D. fr. 3, h. t.), et finissait le jour de l'arrivée au port de destination « *Navis ad portum adpulerit.* » (C. h. t., l. 4).

Il était également admis en règle générale, que l'emprunteur ne pouvait partir que si son navire pouvait tenir la mer. C'est pourquoi, s'il partait dans un moment de

mauvais temps, sans nécessité, les risques de la navigation étaient à sa charge.

Les parties modifiaient souvent par leurs conventions la durée ordinaire des risques. Les textes nous fournissent plusieurs exemples de conventions qui limitent ou précisent la durée du risque. Ainsi l'argent trajectice pouvait être donné pour l'aller et le retour, voyage de Beryte à Brindes, et de Brindes à Beryte (fr. 122, § 1, de *Verb. oblig.*), ou pour l'aller seulement, *v. g.* de Brindes au port de Salonite (L. 8, h. t. Code); ou bien pour un temps préfixe : « *Si salva intrà statuta tempora pervenerit; si navis postea perierit quam dies præfinitus, periculo exactus fuerit.* » (D. h. t., fr. 6); ou bien jusqu'à l'arrivée d'une certaine condition : « *Post diem præstitutum et conditionem impletam.* » (D. fr. 4, h. t.).

Mais quelle que fût l'époque où devaient commencer et finir les risques, il faut bien remarquer que le créancier ne courait le péril de la perte de son argent que si le sinistre avait eu lieu dans le temps des risques et pendant le voyage convenu. Dès que le temps limité est passé, ou s'il y a changement de route par suite d'un fait personnel au maître ou patron du navire (*navicularius*), le risque cesse vis-à-vis du donneur et le change maritime lui est définitivement acquis : « *Post diem præstitutum et conditionem impletam, periculum esse creditoris desinit.* » (fr. 4, D. h. t.; loi 1 et 4, Code, h. t.).

Le fr. 6 au Dig. dit formellement encore que le prêteur ne répond de la perte que si le navire a péri dans les limites du temps convenu : « *Si navis intrà præstitutos dies periisset.* »

B. *Lieux des risques.* — Le donneur ne répond point des pertes arrivées *hors des lieux* désignés dans le contrat,

à moins que le changement de route ou de voyage n'ait été nécessité par fortune de mer.

La loi 3, Code h. t. applique ce principe dans l'espèce suivante : On a fait un prêt maritime à un capitaine ou marchand qui devait se diriger vers Salonite, port d'Afrique. C'est dans ce port que l'emprunteur devra rembourser l'argent qui lui a été prêté, avec les intérêts convenus. Si le navire se dirige vers Salonite, et périt par suite d'une tempête pendant le cours du voyage, le *creditor* n'aura rien à réclamer. Mais si après avoir promis de se diriger vers l'Afrique, le capitaine emprunteur prend une autre direction, on ne peut faire supporter la perte au *creditor*, car le capitaine s'est rendu coupable en changeant de route; il est donc juste qu'il souffre seul des conséquences de sa conduite coupable. En pareil cas, dit le texte : « *Amissarum mercium detrimentum... non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex incivili debitoris audaciâ accidisse, adseveratur.* »

Le fr. 122, § 1, Dig. de Verbor. oblig., contient une nouvelle application du principe en vertu duquel les risques cessent d'être à la charge du *creditor* pour se porter sur la tête de l'emprunteur, s'ils n'ont pas été subis dans le temps et le lieu fixé par la convention. Voici l'espèce présentée par Scévola dans ce fragment : Callimaque a reçu de Stichus, esclave de Seius, de l'argent prêté à la grosse aventure à Beryte, ville de Syrie, pour le double trajet de Beryte à Brindes et de Brindes à Beryte. Le prêt est fait pour tout le temps de la navigation, fixé à deux cents jours. Pour sûreté de la dette, Callimaque a hypothéqué les marchandises achetées à Beryte, destinées à être portées à Brindes, et celles qu'il doit acheter à Brindes pour les porter à Beryte (*vid. sup.*). Il a été convenu

entre les parties que lorsque Callimaque serait à Brindes, il en repartirait avant les prochaines Ides de septembre, avec les marchandises nouvelles qu'il doit y acheter pour en charger son navire. Dans le cas où il ne remplirait pas cette double condition qui limite le temps des risques, et exige que certaines marchandises remplacent, comme sûreté, celles qui, quoique déjà hypothéquées, ont été vendues (*vid. sup.*), il devra payer à Brindes l'argent prêté, l'intérêt convenu, et toutes les dépenses accessoires; en un mot, tout ce qu'il aurait payé si, fidèle aux conventions arrêtées, il fût arrivé à bon port à Beryte. Callimaque a promis à Stichus d'observer les conventions de ce contrat.

Jusqu'ici le texte de Scévola est fort clair, les conditions du contrat, conformes aux principes déjà exposés, sont indiquées en des termes justes et que l'on peut facilement comprendre. De ces conditions, il résulte clairement qu'à l'expiration d'un délai déterminé, et si le navire n'a pas suivi certaine direction, les risques devront cesser pour le donneur, car l'emprunteur n'aura pas observé les règles du contrat. Cependant si l'on prend à la lettre le texte de Scévola, l'on voit que telle n'est pas la décision de ce jurisconsulte. Il dit en effet que Callimaque a rempli toutes les conditions qui lui avaient été imposées par le donneur; il a quitté avant les Ides de septembre, après avoir chargé son navire de marchandises achetées dans cette ville (*et cum ante Idus supra scriptas, secundum conventionem mercibus in navem impositis*); il s'est dirigé vers Beryte, ville de Syrie (*quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit*).

Dès lors, si le navire vient à périr par fortune de mer depuis son départ de Brindes, il faut décider que la perte

sera pour le créancier, puisque le navire a péri dans le temps et le lieu des risques. Cependant c'est le contraire que paraît décider Scévola, puisqu'il rend sa décision comme dans l'hypothèse où l'argent aurait dû être remboursé à Brindes et ne l'aurait pas été.

La contradiction entre les principes et la décision de Scévola était trop évidente, pour que l'on n'essayât pas de s'en rendre compte, et un grand nombre de jurisconsultes éminents ont essayé de donner une explication.

Duaren propose un changement dans le texte; d'après lui il faudrait lire : « *merces perferens in navem, mansisset eo tempore...* » au lieu de : « *merces Beryto perferendas in navem mansisset.* » Alciat, Donneau, Pothier proposent un autre changement, moins apparent dans la forme, mais au fond bien plus radical; ils pensent qu'au lieu de lire « *et cum ante Idus* » il faut lire « *et cum non ante Idus.* » Ils se contentent d'ajouter une simple négation, mais ils changent tout le sens de la décision.

Ces deux opinions sont parfaitement admissibles et rationnelles; elles expliquent que Callimaque n'a pas suivi les termes de la convention, ce qui l'oblige de rembourser à Brindes; et l'on comprend dès lors que Scévola se demande si l'esclave avait le droit de consentir le prêt à la grosse pour le retour.

Si raisonnables que soient ces deux explications, nous croyons qu'il ne faut avoir recours que le moins possible aux interpolations toujours si arbitraires, et qu'il faut les rejeter toutes les fois qu'il existe un autre moyen d'arriver sans elles à une solution conforme aux principes. Cujas, qui dans l'explication de quelques lois a dû lui-même recourir à quelques interpolations, refuse de rien changer ici au texte de Scévola, et il se contente de dire que ce texte

peut s'entendre en comprenant bien les mots : « *Quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit.* » Il ne dit pas cependant comment il explique ces mots.

Peut-être est-ce comme Robertus, qui refuse aussi d'admettre tout changement dans le texte et qui explique ainsi la fin de ce fragment de Scévola : « Sans doute, Callimaque a rempli les conditions du contrat et il est parti au jour voulu, mais au lieu de se diriger vers la Syrie pour aborder directement à Brindes, il a pris une autre direction, ce qui ne lui était point permis, et c'est pendant ce changement volontaire de route que le navire a péri. Dès lors le maître de Stichus conserve son action contre Callimaque qui, en changeant de route, violait la convention et assumait sur sa tête les risques de la navigation. Les mots « *quasi in provinciam Syriam perventurus* » signifieraient donc que Callimaque est parti comme s'il se rendait directement en Syrie, mais qu'il a suivi une autre direction. Cette dernière explication paraîtra encore plus admissible si on la rapproche de ce que nous avons dit sur la loi 3 Cod. h. t.

Si on l'admet, il résultera de la loi 122, § 4, *de Verb. oblig. Dig.* que le prêteur ne court la chance de perdre que si le sinistre est arrivé dans les lieux du risque.

SECTION IV. — *Du profit maritime.*

Il ne peut y avoir de contrat de prêt à la grosse aventure, s'il n'y a un profit maritime stipulé par le contrat. On donne le nom de profit maritime (*nauticum scenus*) à certaine somme d'argent que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, comme prix des risques dont il s'est chargé, en sus de l'argent déjà prêté.

Ce profit maritime différait sous trois rapports de l'intérêt ordinaire : 1^o Il était le prix des risques courus par le créancier, tandis que l'intérêt terrestre ne se mesurait que sur le *lucrum cessans*; 2^o pour cette raison, le taux de l'intérêt maritime était plus élevé que celui de l'intérêt terrestre; 3^o il n'était dû qu'en vertu d'un simple pacte, tandis que l'intérêt n'était dû d'ordinaire que lorsqu'une stipulation spéciale avait été jointe au *mutuum*.

§ I. — *L'intérêt maritime est le prix du risque.*

Celui qui se prive de sa chose pour la prêter à un autre, lui rend un service et se prive d'un bénéfice; il est donc juste qu'il reçoive de cet autre, sous quelque forme que ce soit, une indemnité basée sur la durée du prêt et la privation de jouissance du capital.

Cette indemnité perçue par le prêteur pour le défaut de jouissance s'appelle l'intérêt. A ce caractère d'indemnité pour la privation de jouissance pendant un temps donné, commun à tout intérêt, le *nauticum fœnus* en joignait un autre : il était considéré comme le prix du risque couru par le prêteur de perdre son capital, par suite de circonstances périlleuses auxquelles n'étaient point exposés les prêteurs terrestres. C'est précisément parce que ce *nauticum fœnus* était *pretium periculi*, qu'il était permis de l'exiger fort élevé. Dans le *mutuum* ordinaire, qu'il y eût ou non des intérêts stipulés, le créancier était presque toujours sûr de rentrer dans son capital; mais dans le prêt maritime cette restitution était beaucoup plus chancelante, et si par malheur, ce qui devait arriver fréquemment à une époque où la navigation était si imparfaite,

l'argent ou les marchandises n'arrivaient pas à bon port, tout était perdu pour le donneur : intérêts et capital. Il était donc naturel que l'intérêt prit un autre aspect dans le contrat qui nous occupe, puisque, indépendamment du but qu'il remplit dans tout prêt à intérêt, il doit encore servir à indemniser le prêteur des chances extraordinaires de perte qu'il a prises à sa charge. Telle était du reste la doctrine des jurisconsultes romains, ainsi qu'on peut s'en assurer dans Paul, 2, *Sent.*, 14, § 3, et *Scævola*, l. 5, princ. h. t. D.

La loi de Scévola que nous venons de citer mérite une attention particulière : « *Periculi pretium est, et si conditione quamvis pœnali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid præter pecuniam, si modo in alæ speciem non caiat : veluti ea ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias si non convalescero, et cœtera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo, in apparatus plurimum pecuniæ dederim, ut si cepisset redderet; et athleteæ, unde se exhiberet, exerceretque, ut si vicisset, redderet.* »

Emerigon, dans son *Etude sur les lois romaines spéciales*, qui précède son *Traité du prêt à la grosse*, dédaigne d'expliquer le sens de chaque mot, et ne cherche que le sens général du texte, à savoir : qu'en matière de contrats aléatoires, ce qu'on reçoit au-delà du capital est le prix des risques.

Donneau, au contraire, cherche à tout expliquer dans ce texte : il l'accepte tel qu'il est, et en donne l'explication suivante. — Dans le cas où je vous ai prêté pour que vous fassiez un affranchissement, à condition que vous ne me rendrez rien, si vous faites ce que vous avez promis, et que, dans le cas contraire, vous me

rendrez la somme prêtée avec les intérêts ou une autre somme en outre, Scévola pense que, soit que la clause pénale ait été exprimée, soit qu'elle ait été sous-entendue, je pourrai recevoir non seulement ce capital, mais aussi ce qui a été promis en outre du capital, en vertu d'un simple pacte. Mais Scévola excepte les cas dans lesquels l'opération deviendrait une sorte de jeu, puis il montre des exemples de conventions dans lesquelles l'affaire ne dégénère pas en une espèce de jeu : « *Si manumittas, si non illud facias, etc.* » De ce nombre, sont les conventions d'où naissent les conditions. Il faut entendre par là les conventions étrangères à toute idée de jeu, dans lesquelles la condition s'induit des faits habituels de la vie humaine, bien que la réalisation de cette condition dépende du hasard, comme : « *Si pisces ceperis, si manumittas.* » S'il y avait donc condition de jeu, on n'aurait pas le droit d'exiger le *periculi pretium*.

Donneau semble oublier que l'*alea*, le pur événement fortuit, est la base du *nauticum fœnus*, aussi croyons-nous devoir rejeter son opinion.

Dans l'explication qu'il donne aussi de ce texte, Cujas (1) se rattache aux principes qui régissent le prêt à la grosse, mais il change plusieurs mots dans le texte. — Sur les mots : « *Et si conditione quamvis pœnali non existente,* » il pense que la négation a été transposée. Si elle portait sur le mot *existente*, dit-il, il en résulterait que l'on permettrait au prêteur d'exiger le profit maritime, même dans le cas où la condition sous laquelle il peut l'exiger ne serait plus accomplie, ce qui est inadmissible. Il propose donc de lire : *Et si conditione non pœnali existente*, ce qui signi-

(1) Observat. lib. 9, c. 28.

fait : Quoique ce que je reçois en outre du capital ne soit pas une peine, et bien que je ne le reçoive pas pour le retard, néanmoins je le reçois à bon droit, comme récompense du danger couru ; en d'autres termes : En dehors de toute clause pénale, le *nauticum fœnus* est dû par cela seul qu'il est le *pretium periculi*. Mais il n'en est ainsi, dit Donneau, que si le contrat ne dégénère pas en une sorte de gageure : « *Si modo in alea speciem non cadat.* » Tel ne peut être le sens dans une matière où spécialement l'*alea* est la cause de l'augmentation du prix (*pretium periculi*). Ici encore, Cujas, pour mettre ce texte d'accord avec les principes du prêt à la grosse, propose un nouveau changement de textes, et conseille de lire : « *Si modo in aliam speciem non cadat (contractus) veluti ea ex quibus conditiones nasci solent, ut si ea manumittas.* » Cujas légitime ce changement du mot *conditiones* en celui de *conditiones* pour plusieurs changements. Au reste, ce changement a été approuvé par Hotoman et Godefroy. Pothier partage aussi l'opinion de Cujas dans ses Pandectes, il a même corrigé les textes pour s'y conformer.

Ces diverses modifications ramènent cette loi aux principes reçus, et font qu'on peut ainsi l'expliquer : Il y a lieu de donner un prix pour le danger couru, pourvu que le contrat reste ce qu'il est : un prêt, et ne devienne pas une des opérations qui donnent naissance à des *conditiones ob rem dati*, comme cela a lieu si l'on donne une somme avec cette condition : *Si manumittas, si non illud facias*, etc. Si celui qui a reçu avec ces conditions n'exécute pas ce qu'il a promis de faire ou de ne pas faire, *v. g.* s'il n'affranchit pas l'esclave, le *creditor* pourra bien réclamer ce qu'il a donné, mais à quel titre demanderait-il *insuper aliquid*

præter pecuniam, comme *pretium periculi*, puisqu'il n'y a pas eu de risques courus. Il n'y a pas eu un véritable prêt aléatoire, mais un don conditionnel (*donec facias*), et je ne pourrais répéter par la *condictio ob rem dati*, que le capital fourni. Je ne pourrais demander quelque chose en plus, que si je le demandais en vertu d'une clause pénale, clause inutile dans le prêt maritime ou tout autre prêt semblable, puisque ce que je reçois *præter pecuniam*, est l'équivalent de la chance que je cours de perdre même mon capital. Aussi, n'est-il point douteux, qu'il n'y ait lieu à un *pretium periculi*, et que je ne puisse réclamer *aliquid præter pecuniam*, sans qu'il y ait de clause pénale, dans le cas où le pêcheur, avec lequel j'ai fait un *mutuum*, s'engage à me rendre le capital et quelque chose en plus, s'il fait une pêche heureuse : *Ut si cepisset, redderet*; tandis que s'il ne réussit pas, il n'aura rien à me rendre. Il en sera de même, si j'ai fait un *mutuum* à un athlète, afin qu'il puisse se préparer au combat, et sous la condition qu'il me rendra le capital et quelque chose en outre, s'il sort vainqueur de la lutte.

De l'aveu de tous les interprètes, l'intention du jurisconsulte Scévola, auteur de ce fragment, a été de prouver qu'il peut y avoir des négociations autres que les prêts maritimes, réglées par des principes analogues à ceux du prêt maritime; c'est ce que Pothier a soin de faire remarquer. Pour nous, ce qui ressort le plus particulièrement de ce fragment, et ce que nous avons voulu mettre surtout en évidence, c'est qu'en matière de contrats aléatoires en général, et pour le prêt maritime en particulier, les intérêts sont le prix du risque.

§ 2. — *L'intérêt maritime était plus élevé que l'intérêt ordinaire.*

Il est de principe que, dans les contrats aléatoires, les gains doivent être d'autant plus élevés que les chances de perte sont plus grandes. Le prêt maritime est essentiellement aléatoire, nous l'avons prouvé. Il faut donc, pour déterminer les prêteurs à aventurer leurs capitaux sur les flots, l'appât d'un bénéfice proportionné au danger couru. Aussi, voyons-nous que pendant fort longtemps le taux de l'intérêt maritime fut illimité. Justinien, le premier, fixa une limite au taux de cet intérêt. Juvénal, sat. 7, v. 9, fait mention d'un intérêt trois fois plus élevé que l'intérêt légal :

*Pollioque triplicem usuram præstare paratus
Circuit et fatuos non invenit.*

Horace, d'un autre côté, nous parle d'un intérêt quintuple (L. 4, sat. 2, v. 12) :

Quinas hic capitis mercedes exsecat.

Plusieurs textes nous disent que l'intérêt maritime cessera de courir du jour où les risques cesseront d'être à la charge du créancier, par suite de la fin du voyage ou de l'événement, de la condition ou du terme. Du soin que mettent ces textes à préciser le moment où le prêt à la grosse commence et finit, il résulte bien clairement que l'intérêt de mer était bien différent de l'intérêt terrestre. Paul (Sent. lib. 2, tit. 14, § 3) nous dit, au reste, très clairement que le taux de l'intérêt nautique était illimité.

Nous l'avons dit, l'élévation du taux de l'intérêt maritime trouvait sa cause dans la chance que courait le prêteur de perdre son capital. Cette cause était juste, et pouvait être facilement discutée. Mais un autre motif servait quelquefois de prétexte à l'élévation du taux de l'intérêt maritime, c'était l'incertitude dans laquelle se trouvait le prêteur, touchant la solvabilité du prêteur. Souvent, dans le cours du voyage, l'emprunteur primitif était obligé, pour sauver le navire ou la cargaison, d'avoir recours à de nouveaux emprunts; les esclaves *navicularii*, préposés au commerce maritime, ou tous les autres individus chargés de la direction d'un navire, étaient forcés, bien souvent, d'accepter les conditions les plus onéreuses, s'ils voulaient continuer leurs voyages. En présence de ces abus, Justinien crut devoir limiter l'intérêt maritime, et il décida (L. 26, § 1, Cod. de *Usuris*) que désormais le *nauticum fœnus* ne pourrait dépasser la *centesima usura*. « In » *trajectiliis autem contractibus, vel specierum - fœnori* » *dationibus, usuque ad centesimam tantummodo, licere* » *stipulari, nec eum excedere; licet veteribus legibus, hoc* » *erat concessum.* »

Les abus que nous avons signalés plus haut auraient pu justifier ou rendre nécessaire une disposition pareille pour les emprunts à la grosse, faits pendant un voyage ou en cas de danger. Mais cette limitation générale du taux de l'intérêt peut être critiquée, précisément parce qu'elle s'applique à tous les cas sans distinction. Il est, en effet, permis de supposer que tout individu qui s'adonne au commerce, possède assez d'intelligence pour défendre ses intérêts vis-à-vis des tiers avec lesquels il contracte. Dès lors, pourquoi des lois protectrices? N'est-il pas évident d'ailleurs, que toute personne qui contracte librement contracte dans le but de gagner, et que si je con-

sens à payer 15 % d'intérêt sur les capitaux que j'emprunte librement, j'espère retirer 20 0/0 et plus de l'emploi de ces mêmes capitaux ?

Laissant de côté toute question de principes et appréciant le taux de l'intérêt légitime, tel qu'il a été établi par Justinien, nous croyons que si *Pusura centesima* pouvait suffire en quelques cas, elle n'offrirait plus un juste équivalent du danger couru, dès qu'il s'agissait de voyages entrepris pendant la mauvaise saison, ou dirigés vers des mers tempêteuses.

Ces critiques, dont la loi 26 peut être l'objet, ont amené certains jurisconsultes à décider, que Justinien n'a pas généralement limité dans cette loi le taux de l'intérêt maritime. Ainsi, Dumoulin (*Contrats usuraires*, n° 91) dit que cette loi ne concernait que les temps de la navigation ordinaire, pendant lesquels le péril était léger; lorsqu'il s'agissait d'un péril considérable, il fallait, disait-il, s'en tenir à la loi *periculi pretium* (fr. 5, h. t. D).

Emerigon, après avoir reproduit l'opinion de Dumoulin, ajoute : « Il me semble plus aisé de dire que la loi de Justinien n'est applicable qu'à l'argent trajectice dont le péril n'était pas à la charge du créancier; ce qui se réfère à la loi 4, D. de *Nautico fœnore*. Cette interprétation n'est pas inconciliable avec la loi 26 de *Usuris*, Cod., ni avec les Nouvelles, 406 et 110. »

En présence des termes si formels de la loi que nous avons citée plus haut, ces deux opinions nous paraissent inacceptables. Devant ces expressions si explicites, il n'y a point, — on peut le regretter, — de place pour ces distinctions.

La *centesima usura*, dont il est question dans la loi 26, représente sous Justinien un taux de 12 % par an. Telle-

est, du moins, l'opinion la plus accréditée, celle qu'adoptent Cujas, Donneau et Pothier. La *centesima usura* représente un centième du capital, mais ce centième peut être dû par jour, par mois ou par an. Pour prouver que le taux était bien de douze pour cent par an, il suffit de prouver que les intérêts se payaient par mois. Il existe au Digeste plusieurs textes qui parlent d'intérêts payables aux calendes. C'est même par suite de cette coutume de payer le centième du capital aux calendes, que le nom de *Calendarium* fut donné au livre sur lequel on inscrivait le compte des intérêts, et le nom de *Calendario præpositus*, à l'esclave chargé du recouvrement des intérêts (Fr. 41. D. de *Rebus creditis*. — *Cicero, orat. in Catil.* — *Horat. lib. 1. satyr. 3*).

Afin d'assurer l'exécution de la loi 26, Justinien déclara que toute action serait refusée pour la portion des intérêts qui excéderaient le taux fixé, et qu'il faudrait imputer sur le capital tout ce qui aurait été payé au-delà de cette mesure. Il défendit aussi toute retenue, sous prétexte de sportules, siliques ou autrement. L'argent qu'un prêteur avait retenu ou distrait de cette manière, était retranché de la dette du capital, de sorte que le prêteur ne pouvait pas exiger le paiement de la portion de la dette correspondant à cette somme.

Malgré ces précautions cependant, on ne tarda pas à convenir d'un *nauticum fœnus* supérieur à la *centesima usura*, et la violation de la loi fut si générale, qu'une Nouvelle (106) fut rendue, ayant pour but d'abroger la disposition de la loi 26 relative au droit maritime, et de laisser subsister les pratiques en usage au moment où fut publiée cette Nouvelle, dont voici les principales dispositions : « Les prêteurs avaient coutume de recevoir 10 so-

lides pour 100 solides, soit 1 pour 10 qu'ils avaient prêtés. De plus, ils chargeaient le navire d'autant de *media* d'orge ou de froment qu'ils avaient prêtés de solides, et l'emprunteur, c'est-à-dire le propriétaire de la barque ou le marchand devaient payer au fisc les droits établis sur cette marchandise. Cette charge, dit Cujas, jointe au paiement de l'intérêt à 10 %, élevait le profit maritime au-delà de la *centesima*. Ceux qui ne prêtaient pas de cette manière, percevaient à titre d'intérêt le huitième de chaque solide, c'est-à-dire 3 siliques par solide (le solide valait 24 siliques). Ces diverses opérations augmentaient de beaucoup le taux fixé pour l'intérêt maritime. Ce taux de l'intérêt était encore augmenté par cet usage que l'intérêt était perçu, non à raison d'un temps déterminé, mais pour chaque voyage, soit qu'il durât un an et plus, ou même un ou deux mois seulement. Quand un nouveau départ avait lieu, on faisait pour chaque chargement un nouvel acte qui confirmait les conventions du premier prêt, ou le modifiait au gré des parties. Si après le retour du navire à bon port, le mauvais temps ne permettait pas de reprendre la mer, les créanciers donnaient au prêteur trente jours de délai, et n'exigeaient pas d'intérêt de la dette, tant que le chargement n'avait pu être vendu.

Dans la *Præfatio* de cette Nouvelle, Justinien avertit que tout ce que contient la constitution qu'il publie, n'a été écrit que sur l'avis d'hommes pratiques et habitués à ces sortes de prêts. Cependant les dispositions de cette Nouvelle furent si vivement critiquées, que Justinien fut en quelque sorte forcé de l'abolir. C'est ce qu'il fit par la Nouvelle 110. Depuis cette époque le *nauticum fœnus* fut de nouveau régi par la loi 26, de *Usuris*, c'est-à-dire qu'il ne put plus dépasser le taux de douze pour cent par an.

§ 3. — *L'intérêt maritime était dû en vertu d'un pacte.*

Nous avons dit plus haut que le prêt à la grosse était un *mutuum* soumis à des règles particulières.

Le *mutuum* ordinaire était un contrat *stricti juris*; aussi les Romains n'admettaient-ils pas que le prêteur pût demander plus que ce qu'il avait prêté, et s'il réclamait 110 quand il avait prêté 100, il s'exposait à perdre par suite de la *plus petitio* même son capital. Le prêteur qui voulait faire produire des intérêts à un *mutuum*, devait faire suivre ce contrat d'une stipulation spéciale, et c'était seulement en vertu de cette stipulation qu'il pouvait réclamer des intérêts.

Le simple pacte ajouté à un *mutuum* d'argent eût été impuissant à lui faire subir des intérêts. S'il en était autrement pour le *mutuum* d'orge ou de froment, ce n'était que par une exception admise pour favoriser ces sortes de prêts, et parce que la valeur de ces matières étant fort variable, elles pouvaient valoir beaucoup moins lors de la restitution qu'au moment où le prêt avait eu lieu, ce qui eût été une cause fréquente de perte pour le prêteur.

Mais quand il s'agit de prêt maritime, l'exception devient la règle, et bien que le *mutuum* eût une somme d'argent pour objet, l'intérêt était dû en vertu d'une simple convention, d'un simple pacte; il n'y avait même, à vrai dire, dans la *trajectitia pecunia* qu'un contrat unique, composé de deux éléments, un prêt et une promesse d'intérêts; si l'on supprime le second de ces éléments, il n'y a plus de prêt à la grosse, mais un *mutuum* ordinaire. On ne comprend plus en effet qu'un donneur prenne à sa

charge les risques de la navigation, du moment où il ne peut exiger un profit maritime comme prix du risque.

Au reste, sur ce point les textes sont formels et ne laissent point au doute la moindre place. Le fr. 5, § 4, h. t. D. dit clairement que le profit maritime était dû en vertu d'un simple pacte sans qu'il fût besoin d'aucune stipulation : « *In his autem omnibus et pactum sine stipulatione, ad augendam obligationem prodest.* » Cette règle n'est pas même spéciale au *nauticum fœnus*; il en est de même (*in his omnibus* se rapporte aux prêts faits au pêcheur et à l'athlète) dans tous les prêts dans lesquels l'argent étant au risque du prêteur, il y a lieu d'estimer le risque.

Le fr. 7, h. t. D. donne les mêmes décisions. Il est certains contrats, dit Paul, dans lesquels les intérêts sont dus comme en vertu d'une stipulation ; « *Quemadmodum per stipulationem* », c'est-à-dire *ex pacto* (sous-entendu); car si j'ai donné une somme d'environ 10 écus d'or à la grosse aventure, pour en recevoir avec la somme principale certains intérêts, il faut dire que je puis recevoir le capital et les intérêts convenus.

§ 4. — *Des intérêts qui pourraient être dus en dehors du Nauticum fœnus.*

Le prêt à la grosse pouvait être fait pour l'aller et le retour, ou pour l'aller seulement. Dans le premier cas, c'était au retour seulement que l'emprunteur restituait au donneur le capital et les intérêts convenus. Dans le second cas, au contraire, il arrivait fréquemment que l'emprunteur retenu pendant de longs jours dans les contrées lointaines, avant de revenir au port du départ, privait le donneur de la jouissance du capital prêté et du profit

maritime qui lui était dû, c'était injuste et dangereux.

Pour remédier aux inconvénients d'une pareille situation, et afin de rentrer le plutôt possible dans ses avances, le prêteur plaçait sur le navire qui emportait l'*argent trajectice* ou les marchandises ; un esclave qui avait pour mission de réclamer au nom de son maître le capital maritime et les intérêts convenus, dès que le risque cessait d'être à la charge du créancier. L'esclave interpellait l'emprunteur et le sommait de rendre. On convenait généralement que si celui-ci refusait de rendre, il payerait une certaine somme comme peine de sa demeure et à titre d'indemnité. Souvent aussi on convenait que le *debitor* s'engageait à payer, en outre, tant pour chaque jour de retard dans le paiement, pour dédommager le prêteur des services que lui aurait rendus l'esclave s'il n'avait pas été forcé de rester au loin pour réclamer ce qui était dû à son maître.

Les textes nous disent que ces conventions étaient d'un usage général : « *Trajectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem* »
» *soluta non esset, pœna (uti adsolet) ob operas ejus qui*
» *eam pecuniam peteret, erat deducta.* (F. 23, D. *De oblig.*
» *et action.*) — *Si trajectitiæ pecuniæ uti adsolet, pœna*
» *promissa est* (F. 9, D. h. t.). » Le prêteur par une convention spéciale, stipulait une indemnité, soit pour le simple retard dans le paiement de la somme prêtée et du profit maritime ; — soit à raison des services de l'esclave obligé d'attendre le paiement après la cessation des risques, soit pour le retard du paiement et les services de l'esclave tout à la fois. Mais il importe de remarquer que, dans aucun cas, il n'était permis de stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légitime : « *Usuræ autem illæ legi-*
» *timis graviore, in hoc contractu permittuntur, in hoc*

» *solum tempus quo navis navigat, seu quo periculum
» respicit creditorem.* »

J'ai prêté, à la grosse aventure, certaine somme d'argent à un navigateur qui doit me la rendre dans le cas où le vaisseau arriverait sain et sauf en Syrie ; un esclave est chargé de recouvrer mon argent, j'ai stipulé du *debitor*, tant par jour de retard (*quod in singulos dies in stipulatum deductum est*) à raison du travail de cet esclave dont je serai privé. Cette somme, avant Justinien, ne peut être due au-delà de 12 p. 100, et cela se comprend, puisque elle a été promise pour un temps où les risques de l'argent ne concernaient plus le créancier, et que les intérêts ne peuvent excéder le taux légitime que pour le temps où le prêteur court les risques : « *Trajectitiam pecuniam tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum adpulerit manifestum est.* » (L. 1, C. h. t.)

Il en était de même si j'avais stipulé des intérêts depuis l'arrivée du vaisseau jusqu'à la remise de mon argent, et en même temps une certaine somme pour chaque jour de retard pour m'indemniser de la perte que m'occasionnait l'éloignement de l'esclave. Les deux peines stipulées se confondaient en une peine unique, à laquelle on appliquait la règle posée par Modestin au tit. *de Usuris*, D. fr. 44 : « *Pœnam pro usuris, stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.* »

Aux lois si formelles que nous avons déjà citées, il faut ajouter le § 1 du fragment 4, *de Naut. fœn.* « *Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratiâ secuti, quod in singulos dies, in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur : In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita quod (in eâ) legitimæ usuræ*

deerit, 'per alteram stipulationem operarum debeat. » Papinien applique à cette situation particulière les règles générales adoptées en matière d'intérêt, quand il dit que si le donneur à la grosse reste longtemps sans réclamer ce qui lui est dû, les intérêts stipulés à titre de peine ne peuvent dépasser le double du capital. Remarquons toutefois que les intérêts payés aux échéances ne s'imputent pas sur ceux qui doivent doubler le capital; il n'y a d'imputables que les intérêts qui restent dus au moment du paiement (L. 10, C. de Usuris). Cependant, par une nouvelle constitution de Justinien, les intérêts payés peu à peu et par intervalle sont comptés dans le calcul du double : « *Usuræ minutim et per intervallum solutæ, cum duplo compensantur, etiam si non universæ simul solutæ fuerunt.* » (L. 29, Cod. de Usuris.)

Le plus souvent l'esclave envoyé pour toucher l'argent n'avait pas d'autre pouvoir. Mais quelquefois il avait mandat de faire ce qu'exigeaient les circonstances, et tout ce qu'il avait fait alors dans la limite de ses pouvoirs devait être respecté par son maître. — Godefroid, sur le fr. 122, D. de Verb. oblig., nous dit que : « *Consensus servi domino non nocet hinc temporis ac navigationis proferendæ a domino potestatem habuit.* » Ce fragment prouve *a contrario* la vérité de ce que nous avons affirmé plus haut. Scévola décide en effet que l'esclave préposé à la réception de l'argent, ayant autorisé, sans qu'il en eût reçu pouvoir de son maître, l'emprunteur à remettre à la voile après les Ides de septembre, alors qu'il ne le pouvait plus en vertu du contrat à la grosse sans prendre les risques à sa charge, n'aura pu obliger son maître, et l'emprunteur dont le vaisseau périt, devra payer ce qui a été convenu comme si le voyage avait fini à Brindes, puisque

c'est là que le paiement devait être fait. L'on décide ainsi, parce que la condition du prêt n'a pas été accomplie.

Il faut appliquer au contrat à la grosse, — nous l'avons dit bien souvent, — toutes les règles propres au *mutuum*, auxquelles il n'aura pas été expressément dérogé. Si les intérêts à titre de peine n'ont donc pas été expressément stipulés, le créancier n'y aura aucun droit, soit à partir de la mise en demeure, soit à partir de la *litis contestatio*. En effet, l'action qui naît du *mutuum* est une *condictio certi*; or, il est de principe que dans la *condictio certi* la *condemnatio* est toujours en rapport avec l'*intentio*. La *litis contestatio*, pas plus que la mise en demeure dans les contrats de droit strict, ne pouvait avoir pour effet de faire courir les intérêts, puisque le juge ne pouvait pas condamner au-delà de l'objet de la demande.

Les textes qui défendent de stipuler à titre de peine un intérêt supérieur à l'intérêt terrestre, ne se prononcent pas sur la question de savoir si l'on prenait pour mesure la *trajectitia pecunia* seulement, ou bien la *trajectitia pecunia* augmentée de l'intérêt maritime. Nous croyons cependant que la peine était calculée sur le capital augmenté du *nauticum fœnus*. En effet, ce profit maritime était plus qu'un simple intérêt, c'était aussi un bénéfice qui, une fois réalisé, devait nécessairement se joindre au capital prêté, et ce total, devenu indivisible, devait à son tour produire intérêt. — Le *nauticum fœnus* était payé en même temps que la *nautica pecunia*, et le prêteur souffrait également du retard dans le paiement du capital et dans le paiement du profit maritime, sur lequel il aurait pu compter dès le moment de l'arrivée au port. Nous ne comprendrions donc pas pourquoi, les raisons étant les mêmes, on accorderait au donneur, pour l'argent prêté,

une indemnité qu'on lui refuserait si l'emprunteur s'obstinait à ne pas vouloir payer l'intérêt maritime tout de suite. La lésion existe dans les deux cas, au même degré ; il faut donc une réparation pareille.

La stipulation d'intérêt pour le retard dans le paiement est une peine, nous l'avons prouvé par les textes (fr. 40, de *Rebus creditis*, D. ; fr. 44, D. de *Usuris* ; fr. 9, D. de *Naut. fœn.*). La peine doit être proportionnée au dommage ; le dommage dans l'espèce ne consiste-t-il pas dans la privation du capital et de l'intérêt, puisque le donneur a pu légitimement compter sur le tout pour faire lui-même un paiement ? Il est donc juste que le dommage soit réparé en entier.

Les auteurs cependant ne partagent pas cette opinion ; ils pensent que la *pœna* stipulée pour le retard ou pour les services de l'esclave, ne se mesurait que sur le capital. Pothier dit que le profit maritime étant un accessoire et une espèce d'intérêt de la somme prêtée, on ne pouvait en demander l'intérêt sans enfreindre les lois qui prohibaient l'*anatocisme*.

L'obligation pour le créancier de prendre les risques à sa charge était, nous l'avons prouvé, un des principaux caractères du prêt à la grosse. A l'instant où les risques cessaient, le prêt à la grosse devenait donc un prêt ordinaire comprenant la somme qui formait la *trajectitia pecunia* et le profit maritime. Ces deux sommes réunies produisaient des intérêts qui ne pouvaient être supérieurs à l'intérêt terrestre. Mais comment étaient dus ces intérêts moratoires ? était-ce en vertu d'un pacte ou d'une stipulation ? La dérogation aux principes, en vertu de laquelle l'*usura nautica* était due par un simple pacte, ne pouvait s'étendre au-delà de ce qui était le prix des risques. On

doit, en l'absence d'une dérogation formellement exprimée par les textes, revenir à la règle générale ; aussi croyons-nous que quand il s'agissait d'intérêts moratoires, la promesse devait revêtir la forme solennelle de la stipulation. Il peut, nous le reconnaissons, paraître bizarre que dans la même opération juridique où on se contentait d'un simple pacte pour faire produire les intérêts, on ait requis une stipulation pour produire la dette d'une indemnité, soit à raison de la perte de temps éprouvée par l'esclave chargé de recevoir le paiement, soit à raison du dommage souffert par le prêteur faute d'avoir été remboursé en temps opportun ; nous croyons cependant que la solution que nous avons adoptée est seule satisfaisante. Qu'il nous soit permis d'ajouter aux considérations déjà présentées cette observation nouvelle, que tous les textes dans lesquels il est question de la peine du retard ou des intérêts moratoires, emploient le mot de stipulation pour désigner la convention en vertu de laquelle on pourra réclamer ces intérêts : « *In stipulationem deductum.... per alteram stipulationem* (fr. 4, D. § 1, de *Naut. pœn.*) *pœna in stipulationem deducta erat* (fr. 23, de *Oblig. et action.*). L'emploi de ces expressions n'est pas un fait sans conséquence ; car comme la promesse d'intérêts en vertu d'un simple pacte était une exception en matière de prêt d'argent, les jurisconsultes qui se sont occupés du prêt à la grosse auraient ici signalé une exception si elle eût existé, comme ils l'avaient déjà fait pour le *nauticum fœnus*.

La peine est basée sur la présomption que le prêteur souffre du non paiement à l'époque convenue ; si donc il n'agit pas à cette époque, s'il n'interpelle pas le débiteur, la présomption primitive établie par la loi en faveur du créancier, tombe pour faire place à

une présomption contraire. En ce cas, le créancier est censé ne pas avoir besoin de son argent, puisqu'il le laisse entre les mains de l'emprunteur; il ne peut pas en ce cas exiger la peine de la *mora*, puisqu'il n'y en a pas eu. Labéon et Pomponius, en effet, affirmaient que la *mora* ne commençait, la peine n'était encourue que du moment où le débiteur, sommé de payer, avait refusé de le faire. Cependant si l'interpellation avait été indispensable, le débiteur de mauvaise foi aurait évité la présence de l'esclave en restant caché jusqu'au moment où il lui aurait plu de payer. On avait prévu cette fraude, et, suivant Labéon, s'il ne se trouve personne à interpellier pour le paiement de ce qui est dû : « *Id ipsum testatione com- plecti debet ut pro petitione id cederet.* » (fr. 2, D. h. t.) Cette déclaration devant témoin suffisait pour faire encourir la peine, alors même que le débiteur n'était pas en faute. Si, par exemple, il était décédé à l'échéance, laissant une succession vacante, la déclaration devant témoin devait avoir lieu, et les choses se passaient comme si le défunt eût laissé un héritier (fr. 9, D. *de Naut. fœn.*). Dans cette dernière hypothèse, la peine n'était encourue que parce que la convention la faisait encourir du moment où le paiement n'aurait pas eu lieu à l'époque fixée.

Cette théorie est d'accord avec la raison, et les présomp- tions qui lui servent de base sont fondées sur l'appré- ciation exacte de la volonté des parties. Cependant elle n'était pas acceptée par tous les jurisconsultes. Papinien, fr. 9, § 4, *de Usuris*, nous dit que : « *Usurarum stipulatio, quamvis non conveniatur, committitur.* » Africain (fr. 23, *Dig. de Oblig. et action.*) pense également que la peine était encourue par la seule arrivée du jour convenu, sans qu'il fût besoin d'aucune stipulation : « *Etiamsi omnino,*

interpellatus non esset » ; car autrement, dit-il, il faudrait décider que l'indemnité n'est point due lorsque le créancier, retenu par la maladie, n'a pu interpellier le débiteur. Dans cette même loi, Africain se demande si l'on peut exiger la peine dans le cas où un débiteur qui a été mis en demeure par une interpellation, et qui n'a pas payé, offre ensuite son paiement. Un débiteur d'argent trajectice (dit-il) a promis une indemnité (*pæna*) s'il ne payait pas au jour convenu ; bien que cela ne fût pas nécessaire, il a été interpellé afin qu'il n'y eût aucun doute sur la *mora* ; la peine sera encourue à partir de la *mora*, car, pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la *mora* eût été encourue par la faute du créancier. La solution de la question de savoir quel était le point de départ de la *mora*, était, on le voit, l'objet de controverses assez graves entre les jurisconsultes romains. Cujas (*in Africanum*) explique ainsi cette controverse. Les Proculiens prétendaient qu'il fallait toujours une interpellation pour que la peine fût encourue ; les Sabinien au contraire, au nombre desquels était Africain, soutenaient un avis opposé. Justinien, à tort peut-être, consacra dans une constitution, reproduite au Code (loi 12, de *Contrah. vel com. stip.*), l'avis de Papien et d'Africain, donnant pour raison de sa sévérité à l'égard du débiteur que : « *Cum ea, quæ promisit, ipse in memoriâ suâ servare, non ab aliis sibi manifestari, debeat poscere.* »

Cependant, malgré leurs dissentiments, tous les jurisconsultes admettaient que l'indemnité n'était pas due au créancier, si c'était par sa faute que le paiement n'avait pas lieu. Ulpien nous dit en effet (fr. 8, D. de *Naut. fœn.*) « *Servius ait pecuniæ trajectitiæ pœnam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intrâ certum*

tempus præstitutum accipiat. » Africain donne une solution pareille dans le fr. 23, D. *de oblig. et action.* Servius, Ulpien et Africain appliquent au prêt trajectice, dans les fragments que nous avons cités ou rappelés, cette règle commune à toute dette ainsi formulée par Javolenus dans le fr. 105, D. *de Verbor. oblig.* « *Massurius Sabinus recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret continuò cum debito liberari.* » Faisant application de ces principes, nous déciderons que si le créancier était mort à l'époque de l'échéance, l'indemnité ne pourrait être exigée que lorsqu'un représentant du défunt aurait actionné le débiteur. De telle sorte que s'il retenait l'indemnité depuis le jour de l'échéance, il serait justement repoussé par l'exception de dol. C'est ce que dit Papinien dans le fr. 9, § 1, au Dig. tit., de *Usuris.*

CHAPITRE III.

Des Actions qui appartenait au prêteur à la grosse.

La loi romaine permettait au prêteur d'employer plusieurs actions pour obtenir le paiement de ce qui lui était dû. Sans doute une action principale, générale, le plus souvent employée, appartenait au *creditor*; c'était la *condictio certi et incerti*. Cependant, selon les circonstances de personnes ou de fait, il pouvait avoir recours aux actions : *exercitoria*; *de peculio* ou *in rem verso*; *de eo quod certo loco*.

Précisons dans quels cas et sous quelles conditions chacune de ces actions devait être employée.

§ 1. — *De la condictio.*

M. de Savigny (tome vi, note *m*), après avoir cherché l'action qui pouvait appartenir au prêteur à la grosse, et n'en trouvant aucune, pense que la demande du profit maritime et du capital devait s'intenter en même temps et au moyen d'une action *præscriptis verbis*. La forme du prêt n'est ici, dit-il, qu'une apparence extérieure; en réalité, le prêteur donne une somme avec chance de perte, et l'autre partie promet une somme supérieure dans le cas où la perte n'aurait pas lieu. Il y a donc là un contrat qui rentre dans la classe des contrats innommés, et doit donner naissance à l'action *præscriptis verbis*.

Nous ne pouvons adopter l'opinion de M. de Savigny. Non, le prêt à la grosse n'était pas un contrat innommé; sa dénomination n'était pas, il faut le reconnaître, aussi nette, aussi déterminée que celle du dépôt, il n'en est pas moins certain cependant que les expressions *naulicum fœnus*, *trajectitia pecunia*, indiquaient un contrat usité dont les effets et les conditions étaient parfaitement connus. C'était, nous l'avons prouvé en nous appuyant sur les textes, un *mutuum* d'une espèce particulière; nous devons donc appliquer à ce contrat toutes les règles du *mutuum* qui ne sont pas contraires à sa nature. On peut expliquer autrement que M. de Savigny le silence des textes, en disant que si les textes ne parlent pas d'une action spéciale au prêt à la grosse, c'est parce qu'on devait dans ce cas s'en référer au droit commun en matière de prêt, et qu'il n'était nullement nécessaire de créer une action là où il en existait déjà.

Nous croyons donc que l'on accordait à Rome au prêteur à la grosse, la *condictio certi* pour le capital et aussi pour le profit maritime dans le cas où ce profit était d'une somme déterminée. Mais si le prêt ayant été fait à raison du temps, la quotité du *nauticum fœnus* n'était pas connue à l'avance, on accordait la *condictio certi* pour le capital, et la *condictio incerti* pour les intérêts.

§ 3. — De l'action exercitoire.

Souvent le prêteur ne pouvait pas intenter la *condictio*; c'est ce qui avait lieu lorsque l'emprunteur était *alieni juris* (fr. 14, D. de obligat. et action.; fr. 10, D. de Diversis regulis juris). Il avait alors contre celui qui avait préposé l'emprunteur *alieni juris*, une action indirecte créée par la législation prétorienne et qu'on appelait : *Exercitoria*. Cette action n'était en quelque sorte qu'une forme nouvelle de l'action existant selon le droit civil; cette dernière ne pouvant être exercée en vertu du principe que les personnes *alieni juris* ne pouvaient obliger les personnes sous la puissance desquelles elles se trouvaient. Les Romains faisaient le commerce avec l'intermédiaire de leurs esclaves; le plus souvent les emprunteurs à la grosse étaient de simples préposés; nous devons donc dire quelques mots de l'action *exercitoire*.

Le propriétaire, l'usufruitier, le locateur d'un navire pouvaient préposer des *magistri* ou *navicularii* (maîtres, patrons, conducteurs) à la conduite du navire (fr. 1, § 3; fr. 13 et 14. Dig. de *Exercitoria*) ou à l'achat et vente des marchandises.

Toutes les fois qu'un *magister* empruntait à la grosse dans l'étendue de ses attributions (*non autem ex omni*

causa, sed ejus rei nomine cujus ibi praepositus fuerit, fr. 1, § 7, de *Exercitoria*), l'armateur était tenu de remplir les engagements de son préposé; car ceux qui traitent avec un *magister*, sont supposés n'avoir suivi que la loi de l'*exercitor* ou *dominus*, et celui-ci était le maître de donner à ses risques sa confiance à qui bon lui semblait.

Les textes nous apprennent que les préposés peuvent contracter un emprunt à la grosse. Au § 8, fr. 1, de *Exercitoria*, Ulpien demande si la faculté de contracter un emprunt rentre dans les attributions d'un *magister*: il répond affirmativement, si l'emprunt est fait pour les besoins de la branche d'administration à laquelle a été préposé celui qui le fait. On ne saurait douter, dit-il, que l'armateur ne fût tenu de rendre l'argent emprunté pour nourrir ses matelots ou équiper le navire. Il faut appliquer cette décision d'Ulpien à l'emprunt fait pour réparer le navire ou acheter des marchandises.

Si le contrat d'emprunt mentionne que le préposé a reçu l'argent *in navem, in refectioe navis*, le prêteur aura l'action exercitoire contre le préposant, alors même que le préposé aurait fait un mauvais usage de l'argent. L'*exercitor* doit seul répondre de celui qu'il a préposé à la conduite de ses affaires; seul il doit supporter les conséquences d'un choix mauvais.

Si un seul préposé représentait plusieurs *exercitores*, l'action exercitoire était donnée *in solidum* contre chacun d'eux: *Si plures naves exerceant, cum quolibet eorum agi potest* (fr. 1, § 25, D. de *Exerc. actione*).

§ 3. — *De l'action de Peculio, et de l'action de In rem verso.*

Nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse d'un emprunteur à la grosse (*alieni juris*) agissant sur l'ordre de l'*exercitor*, *cum voluntate domini*. Quel moyen aurait cependant le *creditor* si l'esclave avait contracté de son propre mouvement *sine voluntate domini*? En pareil cas, sans aucun doute, le maître n'était plus tenu de l'action exercitoire; aussi le plus souvent le prêteur perdait la somme prêtée. En deux cas cependant, par suite de circonstances particulières, il pouvait obtenir, sinon son entier paiement, du moins une partie de ce qui lui était dû. Ainsi, dans le cas où l'esclave a un pécule, le prêteur pouvait employer l'action *de peculio* qui lui permettait de se faire payer, mais jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ce pécule. Dans le cas où le *paterfamilias* avait retiré un bénéfice quelconque de l'opération à laquelle il n'avait pas consenti, il pouvait être poursuivi par l'action *de in rem verso*.

Le *creditor* qui avait l'action exercitoire pouvait, s'il le préférait, exercer la *condictio* si le préposé était homme libre; l'action *de peculio* ou de *in rem verso*, si c'était un esclave ou un fils de famille : *Est autem nobis electio, utrum exercitorem aut magistrum convenire velimus* (fr. 1, § 17, de *Exercit. D.*). On comprend en effet que si le pécule était considérable, ou si le *magister*, homme libre, était d'une solvabilité suffisante, le *creditor* négligeât l'action exercitoire. La législation prétorienne n'avait voulu, en créant cette action, que donner aux contractants une garantie de plus en dehors des préposés; aussi rien n'obligeait-il le prêteur à user de ce moyen préférablement à tout autre.

§ IV. — De l'action de eo quod certo loco.

Quand l'emprunteur à la grosse évitait d'approcher d'un lieu où le remboursement devait être fait, il eût été impossible au créancier, d'après les principes rigoureux du droit, d'agir en remboursement ; en cette situation, l'action de *eo quod certo loco* permettait au prêteur d'éviter les pertes qui auraient pu résulter pour lui, du défaut de paiement au lieu fixé par la convention. Au moyen de cette action, le créancier, trouvant partout ailleurs son débiteur, avait la faculté de l'actionner et d'obtenir non seulement le montant de la *pecunia trajectitia* et du *nauticum fœnus*, mais même des indemnités fort élevées : « *In hanc arbitriam actionem, quod interfuit veniet, et quidem ultra legitimum molum usurarum* » (fr. 2, § 8, D. de eo quod cert.). Dans cette action, en effet, le juge devait prendre en considération l'intérêt que pouvait avoir le demandeur à être payé dans tel lieu plutôt que dans tel autre. C'est pourquoi, disent Labéon et Julien, si le donneur de grosse a fait le prêt sous la condition que l'argent lui serait rendu à Ephèse où il doit lui-même, et si par suite du défaut de remboursement à Ephèse, le donneur à la grosse, n'ayant pu payer sa propre dette, a encouru une peine, et a dû laisser vendre le gage qu'il avait donné ou même ses biens à vil prix ; il devra faire entrer dans l'action de *eo quod* qu'il intentera contre l'emprunteur, l'intérêt plus qu'ordinaire qu'il avait à être payé. On doit, puisque le débiteur est en faute, avoir égard au profit que le créancier aurait retiré de la somme qui lui est due, et faire entrer ce défaut de gain (*lucrum cessans*) dans l'action.

ANCIEN DROIT.

Les textes du droit romain, que nous avons déjà étudiés, nous présentent le prêt à la grosse comme un contrat d'un usage très-fréquent, dont toutes les conditions sont très-exactement formulées. Cette institution commerciale se présente à nous sous un aspect qui nous oblige de lui assigner une place à côté d'autres institutions avec lesquelles on pourrait la confondre au premier abord. — Quand le cours régulier de ce travail nous amènera à étudier le droit français, nous trouverons reproduits dans le Code de commerce tous les principes essentiels dont nous avons signalé l'existence en droit romain.

Ce fait incontestable de la reproduction par le droit français des principes du droit romain sur le prêt à la grosse, nous trace le plan à suivre dans l'étude de l'ancien droit. Nous devons, à travers les diverses législations qui se sont succédé depuis Justinien jusqu'à la rédaction

du Code de commerce, suivre le prêt à la grosse dans ses diverses manifestations.

Targa, cap. 32, n° 5, nous dit que : « *L'origine di questo contratto é molto antica perciò di essa ne fanno espressa mentione le leggi tanto civile, quanto canoniche; ma di forma ò piu torto di riforma e moderno.* »

Cette dernière observation de Targa, auteur déjà ancien : « *que les formes du contrat à la grosse sont d'origine moderne,* » nous oblige aussi à chercher dans l'ancien droit les premières traces et le développement de ces formes.

Les lois qui doivent les premières attirer notre attention comme complément de l'étude du droit romain, sont celles que les successeurs de Justinien ont publiées sous le nom de *Basiliques*. Après avoir ainsi étudié en Orient le prêt à la grosse, nous chercherons en Occident dans les lois rédigées par les conquérants barbares, quelques traces de cette institution. Le droit canonique ayant exercé sur le droit postérieur une grande influence, nous devons en jetant rapidement un regard sur l'Italie, rendre compte des dispositions du droit canonique sur le prêt à la grosse. Plus tard, le droit coutumier commercial français, étudié dans ses sources et dans ses recueils spéciaux, attirera notre attention. — Enfin, laissant de côté les règles locales et les recueils particuliers, nous étudierons le prêt à la grosse dans les ordonnances de nos rois, jusqu'au moment où, sous l'influence de Colbert, Louis XIV publie l'ordonnance de 1681, ordonnance dont notre Code de commerce a reproduit presque toutes les dispositions.

CHAPITRE I.

Du prêt à la grosse dans l'empire d'Orient depuis Justinien. (Basiliques).

Le désir de perfectionner les recueils composés par l'ordre de Justinien, que lui-même n'avait cessé de modifier et que des interprétations, des abrégés de toutes sortes avaient singulièrement obscurcis; le besoin d'offrir les avantages d'un texte authentique à des peuples qui ne parlaient point la langue dans laquelle le Digeste et le Code avaient été rédigés, produisirent le corps de droit appelé *Basiliques*.

Indépendamment d'un assez grand nombre de dispositions relatives au droit maritime, éparses dans différents livres, les auteurs des *Basiliques* avaient consacré un livre spécial à ce droit, c'était le LIII^{me}. Mais ce livre a été perdu. — Cependant un recueil composé d'extraits des *Basiliques* (*Synopsis major*) nous a conservé sous son chapitre V, relatif au prêt à la grosse, cinq chapitres qui reproduisent les principes du droit de Justinien sur le prêt à la grosse. Ce prêt y est défini à peu près comme dans le fr. I du tit. de *Naut. fœn. Dig.* — Il est question, dans deux de ces chapitres, du droit de préférence accordé aux prêts faits pour les besoins de la navigation; — dans un autre, de la fixation du taux de l'intérêt à 42 pour 100; — enfin le chapitre XVIII traite des risques que le créancier prend sur lui.

Ces indications prouvent la vérité de ce que nous avons affirmé plus haut, à savoir : que les rédacteurs des *Basiliques* n'ont rien changé aux principes qui régissaient sous Justinien le prêt à la grosse.

CHAPITRE II.

Du prêt à la grosse dans l'empire d'Occident jusqu'à l'invasion des barbares.

Le droit de Justinien ne fut connu dans l'empire qu'à partir de la renaissance des études dans ce pays et après la fondation de l'école de Bologne.

Avant cette époque cependant, la Gaule et plusieurs autres pays suivaient les règles du droit romain. Quel était ce droit ? quels étaient les recueils qui le renfermaient ?

Sans aucun doute les écrits des jurisconsultes romains étaient connus dans tous les pays qui formaient l'empire d'Occident, et les décisions des jurisconsultes romains servaient, d'après les règles posées dans la fameuse loi des Citations, de base aux jugements des tribunaux.

Mais ce n'étaient pas les écrits des jurisconsultes romains qui étaient seulement connus dans l'empire d'Occident. Avant que Justinien eût songé à réunir les constitutions des empereurs dans son code, à deux reprises, la même œuvre avait été tentée. Grégoire et Hermogène, dans une œuvre particulière qui porte le nom de Code Grégorien et Hermogénien, publièrent toutes les constitutions des empereurs païens à partir d'Adrien.

Après eux Théodose le jeune publia, en 438, le Code Théodosien qui renferma les constitutions de seize empereurs chrétiens, rendues pendant l'espace de cent vingt-six ans, depuis Constantin jusqu'à Théodose le Jeune.

Ces deux codes furent connus dans tout l'empire. Grégoire de Tours nous fournit un moyen de prouver que

le Code Théodosien était connu dans les Gaules, car, en parlant de l'étude des lettres au V^e siècle, il nous dit que l'on instruisait les jeunes gens dans les lettres latines par les ouvrages de Virgile et par *les livres de la loi Théodosienne*. C'est en tête de ce Code Théodosien que fut insérée la fameuse loi des Citations, publiée par Théodose et Valentinien en l'an 426. Cette loi laissait aux plus grands jurisconsultes de Rome l'autorité de la doctrine et y ajoutait même l'autorité de jurisprudence obligatoire, que l'empereur Adrien n'avait attribuée qu'à l'opinion unanime des prudents. Elle donnait force de loi aux écrits des cinq jurisconsultes Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin, et sanctionnait de la même manière les sentences qu'ils avaient empruntées à Sabinus, à Julien, à Marcellus et à Scévola. En cas de partage, elle attribuait la suprématie à l'opinion de Papinien, qualifié par la loi de génie supérieur : *Excellentis vir ingenii*.

Les indications qui précèdent nous prouvent que, dans l'empire d'Occident, le prêt à la grosse était connu et pratiqué, qu'il était régi par les principes que nous avons déjà exposés. Seulement le taux de l'intérêt maritime resta toujours illimité. En effet, les fragments du Digeste, les lois extraites des constitutions impériales, recueillies par Justinien, qui nous ont permis de préciser les principes qui régissaient le prêt à la grosse sous Justinien, étaient toutes, sauf la constitution qui limite les intérêts, connues et appliquées dans l'empire d'Occident.

CHAPITRE III.

Du prêt à la grosse chez les divers peuples de la Gaule, après l'invasion des barbares.

Les lois romaines étaient entrées profondément dans les

mœurs des peuples soumis par les Romains. « L'histoire le prouve, dit M. Laferrière, une invasion barbare n'anéantit pas les lois civiles d'un peuple, si ce peuple n'est pas anéanti. » Dans les pays conquis, en effet, on vit les barbares respecter souvent les lois des peuples vaincus, et leur permettre, tandis qu'ils restaient eux-mêmes fidèles à la loi de leur origine, de conserver la loi qui les avait régis jusqu'à la conquête. Quelques-uns même, peut-être parce qu'un état de civilisation plus avancée avait fait naître des rapports compliqués, auxquels ne pouvaient s'adapter les usages simples et les rudes institutions des barbares, firent recueillir les lois des vaincus et formèrent des codes à leur usage exclusif.

Alaric II, roi des Visigoths, dans une collection connue sous le nom de *Bréviaire d'Alaric* ou de *Lex Romana Visigothorum*, publia un Code composé de fragments extraits des livres des jurisconsultes et des constitutions impériales, destiné aux Romains vaincus. Notons cependant qu'à côté de chaque loi romaine se trouvait une explication de cette loi qui en contenait la substance et quelquefois la modification.

Le Bréviaire d'Alaric contenait, entre autres textes extraits du Droit romain, cinq livres des sentences de Paul. Dans les notes d'Annien sur les sentences de Paul, on trouve, (in libr., tit. 14, de *Usuris*) le passage suivant : « *Trajectitia pecunia dicitur quæ in navi, ut ad transmarina deferatur, deponitur ; quia maris periculo committitur, in quantas convenerit pecunias hanc pecuniam dare creditor potest.* »

Cette interprétation mérite d'être remarquée, parce qu'elle offre la définition du prêt à la grosse, telle que les jurisconsultes romains l'avaient donnée. Elle semble copiée

sur les termes de Modestin (fr. 4. D. de Naut. fen.). Il n'y a rien de surprenant à cela, Modestinus étant du nombre des jurisconsultes dont la loi sur les Citations contient les noms, ses écrits ont pu être connus d'Anmien.

Le texte que nous avons cité est le seul qui, à cette époque, nous indique l'existence de contrat, qui, nous n'en doutons pas, était connu de tous les peuples autrefois soumis aux règles du Droit romain.

La chute de l'empire d'Occident dut porter un coup sensible au commerce; car cette grande catastrophe amena la décadence, l'anarchie, l'absence de protection, et les relations commerciales se trouvèrent réduites aux seules nécessités indispensables. Le commerce extérieur n'eut presque plus d'objet et se trouva privé de garantie. Cependant, si la misère et la servitude des peuples pouvaient s'opposer au développement de l'industrie, si les pirateries pouvaient suspendre la navigation, décourager ou effrayer les commerçants, ces circonstances ne changeaient pas la nature des conventions qui avaient lieu, ni celles des principes auxquels il était nécessaire de se conformer pour en assurer l'exécution. Il y a plus, ces circonstances extraordinaires pouvaient devenir et devinrent par le fait l'occasion de conventions jusqu'alors inconnues, telles que les lettres de change, les assurances. Ces conventions nouvelles assuraient et commandaient des lois également nouvelles. Le Droit romain fournit encore la base fondamentale de ces lois, comme l'attestent les plus anciennes coutumes sur le change et les assurances. C'est ce qui doit expliquer aux yeux d'un observateur attentif, le silence presque absolu des Codes barbares sur les négociations commerciales et maritimes. En avouant que ces

Codes ne contiennent rien à ce sujet, on n'en conclut pas que le commerce avait cessé d'exister, cette assertion serait démentie par le témoignage des auteurs contemporains. Si l'on trouve à peine quelques mots dans les Codes de cette époque, qui puissent être même de loin rattachés au droit maritime, c'est qu'à côté d'eux une autre loi existait, et cette loi, que l'on lui donne le nom de statut, d'usage ou de coutume, ne pouvait être que celle qui avait été jusqu'alors pratiquée : le Droit romain.

Appliquant au prêt à la grosse ces principes généraux, nous dirons que le silence des lois des barbares ne prouve pas que l'usage de ce contrat eût disparu, mais plutôt que, comme d'autres institutions d'origine romaine, il se transmettait par l'usage et sous forme de coutume.

CHAPITRE IV.

Du prêt à la grosse en Italie et d'après le Droit canonique.

Le Droit de Justinien qui ne parvint pas en Gaule, fut connu en certains points de l'Italie, presque immédiatement après sa publication.

Cependant l'assimilation à peu près complète entre le prêt à la grosse, d'après les documents antérieurs et d'après la législation de Justinien, doit nous empêcher de nous préoccuper de ce fait; d'autant plus que la seule différence qui existât à propos de ce contrat, entre les législations constatées dans ces divers recueils, dut bientôt disparaître. Plusieurs documents nous indiquent la conservation en certaines parties de l'Italie des principes du Droit romain de Justinien; ces documents nous attestent l'existence générale des principes de ce droit jusqu'au

x^e siècle au moins. Au x^e siècle nous trouvons la trace spéciale de l'existence du prêt à la grosse dans les statuts de Pise, sous la rubrique xi : « *De his quæ dantur ad proficuum maris.* » On fait remonter ces statuts de Pise à l'an 1160. A cette époque où toutes les autres lois se taisent sur cette institution, nous ne devons pas être étonnés d'en trouver la trace dans les statuts de cette République commerciale, car à la suite des invasions de l'empire par les Barbares, la navigation et le commerce, qui en est la suite, passèrent surtout aux Républiques de Venise, de Gênes et de Pise.

A côté des Républiques italiennes, croissait sur la même terre la Papauté. Au milieu du bouleversement social amené à cette époque par d'incessantes révolutions, tandis que les autres pouvoirs tombaient ou étaient sans cesse morcelés; le pouvoir de la papauté s'étendait et se fortifiait tous les jours sous l'influence d'une force centralisatrice. En l'absence de toute autre autorité, l'Eglise à cette époque, fortement unie et constituée, suppléait et dominait, par la seule impulsion des choses, toutes les autres puissances. Sans jamais abuser des droits que la soumission des peuples et la force des événements lui avaient donnés, elle chercha toujours à procurer le bien moral de tous les catholiques soumis à ses décisions, sans distinction d'états et de nationalités. Toutes les questions importantes la préoccupaient. A ce titre, le prêt à la grosse devait fixer son attention.

Dans le Recueil des Décrétales de Grégoire XI, publié par Raymond de Pegnafort, général de l'ordre des Dominicains, et adressé par ce pape aux élèves de l'Université de Bologne, au xiii^e siècle, nous trouvons une décrétale, relative au prêt à la grosse. Sur le sens de cette décrétale,

bien des opinions se sont produites, les théologiens et les juristes ont longtemps discuté; pour nous, nous trouvons dans cette décrétale la preuve de l'existence à cette époque du prêt à la grosse.

Cette décrétale, adressée par le pape Grégoire IX, *fratri R.* (probablement au frère Raymond de Pegnafort) est ainsi conçue : « *Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuam pecunie quantilatem, eo quod suscepit in se periculum recepturus aliquid ultrà sortem, usurarius est censendus* » (Décret. Grégor. IX, lib. v, tit. xix, ch. 19).

Ainsi que nous l'avons dit, les théologiens et les juristes ne sont point d'accord sur l'interprétation qu'il faut donner à ce chapitre *Naviganti*.

Dumoulin (contr. Usur. n° 95) prétend que ce chapitre doit être entendu du cas où l'argent a été donné à la grosse pour une navigation qui puisse se faire sans juste crainte de périr : « *Intelligitur de navigante in flumine, vel ita tuto ut cesset justus timor periculi.* » A cette interprétation que les termes généraux de la Décrétale ne permettent peut-être pas d'accepter, on répond, à tort selon nous, qu'il n'y a pas de navigation qui n'ait ses dangers plus ou moins grands.

Fagnan, célèbre théologien, et avec lui bien d'autres, proposent une seconde façon d'interpréter ce texte. Le donneur à la grosse n'est pas déclaré usurier, disent-ils, il est seulement présumé tel : *Usurarius est censendus.* » Cette présomption légale, dit-on, est admise dans le for externe, il n'en est pas de même du for intérieur. Si je stipule le change maritime en considération de l'argent que je prête, je me rends coupable d'usure; mais si le change est stipulé en considération du péril auquel j'expose mon capital, je suis en sûreté de conscience ;

« *Tota hæc res ab intentione distinguitur et specificatur. In dubio autem, cum non distinguit, an lucrum recipiat ratione mutui, vel ratione periculi, censetur recipere ratione mutui, et ideo usura est; et sic arbitror posse conciliari dissidentes opiniones.* » (Fagnan ch. *Naviganti*, n^o 21-24.)

D'après cette opinion, la décision de Grégoire IX serait le complément indispensable, amené par les événements, de la prohibition antérieure du prêt à intérêt. La papauté, pour des raisons que nous n'avons pas à exposer et à défendre ici, avait prohibé le prêt à intérêt. Ceux que cette prohibition blessait trouvèrent moyen de l'é luder en prêtant, non plus purement et simplement, mais en simulant des contrats à la grosse. Le seul moyen de mettre un terme à cet état de choses fut, dans la difficulté où on se trouvait de connaître la véritable intention des parties, d'établir, avec les distinctions exposées par Fagnan, la présomption légale d'un prêt usuraire, pour tout prêt à la grosse.

Observons cependant que l'on pourrait aussi, par cette simple exposition des faits qui ont amené la publication de cette Décrétale, justifier l'opinion de Dumoulin. Il est vrai que le mot *Naviganti* seul comprend tout homme qui s'expose à une navigation dangereuse ou autre. Cependant rien n'empêche ceux qui doivent l'expliquer de se souvenir des faits qui ont amené cette décision pontificale, et de dire que si Grégoire IX a voulu défendre le prêt à la grosse déguisant un simple prêt (*mutuam pecunie quantitatem*), et fait en vue d'une navigation sans danger, il n'a pas voulu détruire le prêt à la grosse, régulier, ordinaire, ce prêt « sans lequel, dit Emerigon, le commerce languirait extrêmement. » Fagnan, après avoir soutenu que le contrat à la grosse est présumé usuraire

dans le for externe, avoue cependant que l'opinion contraire est embrassée par la plupart des théologiens. Entr'autres théologiens d'un avis contraire à celui qu'il émet, il cite saint Thomas d'Aquin.

D'autres docteurs « tranchent le nœud » en ajoutant une négative au texte de la Décrétale. Ils prétendent qu'il faut lire : « *Usurarius non est censendus.* » Ils prétendent trouver dans la suite du texte la nécessité de l'introduction de cette particule négative. Il n'y a également point d'usure, porte la Décrétale (« *Ratione hujus dubii etiam excusatur,* ») dans le cas où je vous compte aujourd'hui dix écus, à condition que l'an prochain vous me livrerez du vin, de l'huile et du froment pour la valeur de dix écus au cours de la place ; s'il n'y a également point d'usure, dans ce cas ; si l'incertitude de l'événement rend licite le contrat de vente, il faut en dire de même du contrat à la grosse et introduire une négation. Cette opinion est vivement combattue par le cardinal de Luca, qui la traite d'erreur et d'indocte témérité : « *De errore et indoctâ temeritate.* »

Entre ces trois opinions nous n'avons pas à choisir ; toutes les trois, les deux premières surtout, s'appuient sur des raisons plausibles. Nous dirons comme Molina qui, après avoir exposé ces trois opinions, avertit qu'on peut choisir celle que l'on voudra : « *Ex his tribus, elige quam malueris.* » (De just. et jure. disp. 318, t. 2, p. 283.) Nous adopterions cependant de préférence l'opinion soutenue par Dumoulin.

Nous trouvons dans cette Décrétale la preuve de l'existence du contrat à la grosse au XIII^e siècle, non seulement en Italie, mais ailleurs.

Sur la fin du XIII^e siècle et plus tard, ce contrat se con-

servera, mais changera de forme. Il était entré dans les usages nécessaires du commerce, et à cause de son utilité les navigateurs cherchèrent à le conserver, tout en se soumettant dans la forme à la Décrétale de Grégoire IX, qu'ils intreprétaient dans le sens de la suppression de ce contrat.

Nous trouvons dans Casaregis, Targa, de Luca, l'indication du moyen employé par les commerçants pour légitimer le contrat à la grosse et éluder en même temps la décision pontificale. Le contrat à la grosse fut considéré comme un composé de trois contrats différents : 1° D'un contrat de société au sujet des profits résultant de la navigation ; 2° D'un contrat de vente de la portion incertaine de ces mêmes profits, moyennant une portion déterminée ; 3° D'un contrat d'assurance par lequel le donneur prenait sur lui le risque, tant du capital que de la portion fixe qui lui était indiquée sur les profits. Chacun de ces contrats était légitime, leur réunion constituait un vrai prêt à la grosse, mais un prêt que la décomposition des éléments qui concouraient à la forme, rendait inattaquable. Soient *Frimus et Secundus* ; ils forment une société dans laquelle Primus apporte 20,000 francs, Secundus, son industrie ; les bénéfices sont probables, mais incertains. Secundus vend une part des bénéfices probables à Primus. Primus s'engage à lui faire avoir une portion déterminée, et de plus, au moyen d'un contrat d'assurance, il prend à ses risques le capital de la société, et la portion déterminée par lui promise à Secundus.

Sous cette forme nouvelle, le prêt à la grosse continua donc à être en usage dans le commerce.

CHAPITRE V.

Du Prêt à la grosse d'après les Recueils particuliers de droit maritime publiés pendant le Moyen-Age.

Les règles de notre ancien Droit français ont été puisées à des sources différentes : le Droit germanique, le Droit romain, le Droit canonique. L'usage des règles imposées par ces Droits différents forme le Droit coutumier. Nous avons étudié chacune de ces sources.

Au Moyen-Age parurent différents recueils contenant les positions des principes qui régissaient le commerce maritime. Nous devons sommairement examiner si ces recueils s'occupent du prêt à la grosse, et dans les cas où ils s'en occupent, si leurs dispositions ne changent rien à la nature ou aux formes de ce contrat.

Les institutions commerciales eurent le sort des institutions civiles; elles ne purent pendant le Moyen-Age se conserver que par la coutume. Les ordonnances des rois se taisaient. Il fallait donc un droit commun conservé par la tradition, les statuts locaux et la jurisprudence. Quelquefois par l'ordre d'un souverain ou de son propre mouvement, pour être utile à ses contemporains, un jurisconsulte réunissait les principales règles du droit; mais ce recueil, eût-il pour objet le droit commercial ou le droit civil, n'avait point force de loi. Aujourd'hui cependant tout ces recueils sont fort utiles à consulter, car ils nous enseignent quels usages étaient suivis.

Le commerce avait ses sièges principaux sur l'Océan et sur les côtes de la Méditerranée. Nous possédons des recueils différents qui nous apprennent quels furent jusqu'au ^{xvii} siècle les usages du commerce maritime sur ces deux points.

§ 1. — *Recueils du droit maritime pour l'Océan.*

Nous connaissons deux recueils qui nous indiquent quels étaient les usages sur l'Océan. Ces recueils, composés à des époques différentes, sont : *Les Rooles ou jugements d'Oléron*, et le *Guidon de la mer*.

A. *Des Rooles ou jugements d'Oléron.* — Les avis sont très partagés sur la question de savoir dans quel pays et à quelle époque ce recueil a été rédigé. M. Pardessus, dans sa *Collection des Lois maritimes* (tom. I, chap. VIII), nous dit que ce n'est là qu'une compilation publiée en dehors de l'autorité de souverains ou de magistrats exerçant le droit de promulguer des lois ou des statuts; qu'encore qu'elle porte le nom d'Oléron, parce qu'il paraît que l'une des copies qui servait le plus à la répandre fut certifiée par un greffier ou notaire de cette ville en 1226; qu'elle n'a rien de commun avec la véritable coutume locale de l'île d'Oléron, dans laquelle se trouvent aussi plusieurs dispositions sur le droit maritime; qu'enfin elle a été rédigée avant 1266, puisque la copie certifiée à cette date contient des explications et des articles qui ne se trouvent point dans d'autres copies d'un langage plus ancien.

Cette compilation ne nous dit rien du prêt à la grosse. On peut à peine rapporter à l'existence de ce contrat la décision suivante : « Si le mestre à mestier de despences, » il poet bien mettre asquns des appareils en gage par » conseil des compagnons de neefs. Et ce est le jugement » en ce cas. » (art. 1, *in fine.*)

Du silence que garde l'auteur de ce recueil, on ne peut conclure à la disparition du contrat à la grosse,

lorsque d'autres preuves à la même époque nous signalent son existence.

L'ordonnance de 1364, par laquelle Charles V admet les Castillans à faire le commerce dans les ports de Leure et de Harfleur en Normandie, et leur concède de grands privilèges, porte, art. 42, que leurs causes seront jugées par le droit et les *lois de Leyron*. Sous ce nom sont désignés les *Rooles d'Oléron*. Cette ordonnance n'indique pas à cette époque d'autre recueil de droit maritime connu sur les côtes de l'Océan.

Nous l'avons dit, les *Rôles d'Oléron* ne s'occupaient pas des prêts à la grosse; de plus le contrat d'assurance avait été introduit sur l'Océan au commencement du xvi^e siècle, pour réparer cet oubli par rapport aux prêts à la grosse, et pour exposer les règles du nouveau contrat, on rédigea à Rouen, dans les dernières années du xvi^e siècle, sous le nom de *Guidon de la mer*, un corps d'usages maritimes spécialement applicables aux assurances et aux prêts à la grosse.

A. *Du Guidon de la mer*. — A l'époque où ce recueil parut, les principes du droit maritime privé, tel que nous l'observons à présent, étaient fixés. Le rédacteur du *Guidon* a réuni habilement en un corps de doctrine ce qui pouvait être le fruit de son expérience ou de ses études. Cet ouvrage a été certainement rédigé par un commerçant instruit et modeste, qui a présenté en termes clairs et dans un ordre méthodique, les règles des opérations qu'il avait pratiquées, et son travail a fourni une des plus importantes bases de l'ordonnance de 1681.

Le chap. xviii est consacré à traiter : « *Du Contrat de Bomerie qui est argent à profit ou grosse aventure.* » Le chap. xix traite : « *De la diversité des obligations du maistre*

de navire. » L'auteur remarque que les formes du contrat à la grosse n'ont jamais été fixées : « *L'usage, forme et moyen de prendre argent à profit, ne se trouve en nulle part descrite par les anciens ni modernes.* » Il était réservé à l'ordonnance de 1681 de fixer les formes de ce contrat.

Nous n'étudierons pas en détail les deux chapitres que l'auteur du *Guidon* a consacrés à l'exposition des principes du *contrat de bomerie*, qu'il nous suffise de dire que ces règles ne sont que la reproduction de celles que le Droit romain avait consacrées.

§ 2. — *Des Recueils de Droit maritime sur les côtes de la Méditerranée. — Du Consulat de la mer.*

Nous ne trouvons ici qu'un recueil de droit maritime ; il est connu sous le nom de : *Consulat de la mer*. On peut reprocher à cette compilation, comme à presque toutes celles qui parurent à cette époque, d'être faite sans ordre ; mais il est impossible de méconnaître la sagesse de ses dispositions qui sont devenues la base de presque toutes les lois maritimes de l'Europe.

Cette compilation, composée probablement en Espagne vers le XIII^e siècle, eut une grande autorité dans toutes les côtes baignées par la Méditerranée.

Le *Consulat de la mer* ne s'est pas occupé expressément du prêt à la grosse ; tout au plus, en quelques textes peut-on en trouver une trace (ch. 64-77). Ce silence ne peut nous faire penser que le prêt à la grosse n'était pas pratiqué dans la Méditerranée. Déjà nous avons surabondamment prouvé que ce contrat s'était conservé en Italie jusqu'au XIII^e siècle. Les Statuts de Marseille, publiés vers le même temps que le *Consulat de la mer*, nous présentent

une théorie complète sur ce prêt. Plus tard, au xvii^e siècle, tandis que le *Guidon de la mer* atteste l'existence de ce contrat, peu de temps avant que paraisse l'ordonnance de 1681, à Gênes paraît une loi qui régleme le prêt à la grosse, et atteste ainsi son usage fréquent.

A toutes les époques, sur quelque point, nous voyons l'existence de ce contrat se manifester; les institutions commerciales du genre de celle qui nous occupe appartiennent au droit des gens; avec le commerce qu'elles favorisent, elles s'étendent dans tous les pays, et ne peuvent rester propres à un Etat.

Si nous fallait expliquer le silence des Recueils du Droit commercial, coutumier sur ce point, nous dirions que le prêt à la grosse, institution simple, et dont les caractères essentiels avaient été dans la loi romaine très clairement déterminés, a pu facilement se conserver par l'usage. Quand l'attention des auteurs de ces différents Recueils était attirée par les institutions dont les caractères étaient peu précisés, ou par les difficultés de détail peu facile à expliquer ou à retenir, on comprend qu'ils ne se soient pas occupés d'un contrat d'une grande simplicité et dont, nous le répétons, les caractères étaient si nettement indiqués par les lois romaines.

CHAPITRE VI.

Du prêt à la grosse d'après les ordonnances des rois de France.

Sauf le *Guidon de la mer*, tous les Recueils de droit commercial, dont nous nous sommes successivement occu-

pés, étaient communs à plusieurs peuples, et ne constataient pas seulement le droit maritime de la France.

Les ordonnances de nos rois forment au contraire une source spéciale de notre droit, source féconde sur plusieurs questions, mais peu riche en ce qui tient au droit maritime privé.

§ 1. — *Des Ordonnances antérieures à 1681.*

Disons-le tout d'abord, pendant cette période, les ordonnances des rois de France sont presque muettes sur le droit maritime privé, et ne s'occupent, le plus souvent, que de régler la compétence des tribunaux maritimes.

Nous ne pouvons citer que deux ordonnances qui se rattachent, de très loin cependant, au droit maritime privé.

Par l'ordonnance de 1364, que nous avons déjà citée, le roi Charles V, soumettant certains étrangers, qu'il engage à venir en France, à l'autorité des jugements d'Oléron, consacre en quelque sorte ce recueil et le rend presque officiel.

L'édit de 1584 contient aussi quelques dispositions qui se rapportent au droit maritime privé, mais ces dispositions sont peu importantes et en très petit nombre. On trouve cependant dans cet édit la trace du prêt à la grosse, car l'art. 95 permet au matelot d'emprunter sur salaires.

Ce silence des ordonnances prouve la persistance d'un droit commun conservé par la tradition, les statuts locaux et la jurisprudence. La partie la plus importante du droit maritime de la France, celle qui régissait les conventions, et qui devait présider au jugement des contes-

tations, consistait uniquement en usages, en coutumes, qu'il fallait réviser ou du moins coordonner. Colbert eut l'idée de réunir et d'épurer tous les matériaux pour en former un Code qui complétât les lois positives déjà existantes; en même temps que, sous le rapport du droit privé, il remplacerait les usages anciens.

L'ordonnance de 1681 fut le fruit de la réalisation de ce projet.

§ 2. — *De l'ordonnance de 1681.*

Cette ordonnance est, de toutes les lois faites par les rois relativement au droit maritime, la plus importante. Le plan en est très méthodique. Dans le troisième livre, consacré aux contrats maritimes en tout genre, le tit. v est consacré aux *Contrats à grosse aventure ou à retour de voyage*.

Ce titre reproduit les principes du Droit romain déjà consacrés par le *Guidon*.

Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé des principes posés par cette ordonnance, que notre Code de Commerce a reproduite presque en entier. En étudiant ce Code, nous étudierons aussi cette ordonnance.

Disons cependant d'ores et déjà que l'article 12 de cette ordonnance reproduit et développé par l'art. 344 Cod. com., comble une lacune signalée par l'auteur du *Guidon*, qui se plaignait que les législations antérieures ne se fussent pas occupées de la forme de ce contrat.

CODE DE COMMERCE.

CHAPITRE I.

Définition du prêt à la grosse. — Nature de ce contrat.

Le prêt à la grosse est, d'après le Code de commerce, un contrat par lequel une personne prête une somme d'argent avec convention de prime, sous l'affectation du navire ou du chargement; de telle sorte que le prêteur, en cas de perte ou de dépérissement par fortune de mer des objets affectés, perd tout droit au capital et à la prime, en tant du moins qu'il ne pourra exercer ses droits que sur tout ou partie de ce qui aura été sauvé; comme aussi à la charge par l'emprunteur, si les objets affectés parviennent à leur destination de rembourser le principal et de payer le profit maritime convenu.

Le Code Napoléon n'a rien changé à la nature de ce contrat; les principes qui le régissaient à Rome et dans l'ancien droit ont été conservés intacts dans notre Code.

Valin disait : « si sans assurance on ne saurait entre-

prendre un grand commerce avec le prêt à la grosse, on ne saurait le continuer deux ou trois ans. » Il ajoutait : « Le négociant qui recourt habituellement au contrat d'assurance agit en homme prudent, au lieu que celui qui fait habituellement des emprunts à la grosse, rend sa ruine à peu près inévitable. » Le prêt à la grosse aide le commerçant à son début, ou celui qui se trouve momentanément embarrassé; il permet à ceux qui n'ont aucune sûreté à offrir aux créanciers, d'obtenir du crédit; il ne peut cependant favoriser, comme le contrat d'assurance, la spéculation ordinaire; aussi était-il presque entièrement abandonné, lorsque la loi de 1844, sur la responsabilité des propriétaires de navire, a forcé les capitaines à recourir à ce mode d'emprunt, faute par eux de trouver des prêteurs qui voulussent se contenter de l'intérêt ordinaire.

La définition du contrat à la grosse, telle que nous l'avons donnée, nous empêche de confondre le contrat à la grosse avec certaines sociétés nautiques, telles que les sociétés formées pour l'armement d'un navire, par lesquelles le propriétaire du navire et le victuaillieur s'associent à profit et à perte dans des proportions convenues; les contrats dits de *colonna* qui interviennent entre le propriétaire du navire, le capitaine et les gens de l'équipage, pour mettre la navigation à profit commun; les conventions pour la vente d'une pacotille à profit commun.

Cependant le contrat à la grosse a de grandes affinités avec le contrat d'assurance maritime qui en dérive: beaucoup de règles sont restées communes entre ces deux contrats. Ils dépendent par leurs effets des mêmes principes. Dans l'un, le donneur est chargé des risques maritimes, dans l'autre, c'est l'assureur; ces risques, que les mêmes circonstances font commencer et finir, sont sup-

portés d'après les mêmes règles et peuvent subir les mêmes modifications; dans l'un, le change nautique est le prix du péril, et dans l'autre, la prime est le prix des risques maritimes; dans l'un et dans l'autre, l'importance du profit ou de la prime est proportionnelle à la durée et à la nature des risques et déterminée librement par la convention. Enfin, pour que ces deux contrats produisent leurs effets, il faut que les objets affectés au prêt ou assurés aient été exposés à des risques maritimes.

Frappée de ces nombreux rapports, la cour de Rennes avait demandé que le titre du contrat à la grosse fût fondu avec le titre du contrat d'assurance sous ces trois divisions : 1^o *Dispositions communes aux deux contrats*; 2^o *Du contrat à la grosse*; 3^o *Du contrat d'assurance*. Mais la commission, tout en reconnaissant les points d'analogie qui existent entre ces deux contrats, fit observer qu'ils diffèrent dans leur exécution, dans leurs formes et dans leurs stipulations. La proposition de la cour de Rennes fut donc repoussée.

C'est que, en effet, quels que soient les traits de ressemblance qui rapprochent ces deux contrats, ils sont séparés par des différences profondes. Dans le prêt à la grosse, le prêteur fournit réellement une somme destinée à une expédition maritime, et cela fait, il est libre de toute obligation envers l'emprunteur; dans l'assurance, l'assureur ne fournit immédiatement rien, mais il s'oblige à indemniser l'assuré des pertes que celui-ci pourra éprouver par fortune de mer. Dans le premier de ces contrats, c'est au prêteur à prouver, s'il y a lieu, la réalisation de l'événement qui lui donne le droit d'exiger le remboursement de la somme prêtée et des profits convenus; dans le second, c'est à l'assuré à produire la preuve des pertes

qu'il prétend faire supporter par l'assureur auquel reviennent dès lors les avantages du rôle de défendeur. En cas de sinistre, le donneur a privilège, à l'exclusion du preneur, sur tous les objets sauvés; tandis que l'assuré pour son découvert vient en concours sur ces objets avec ses propres assureurs.

Il résulte de ces différences que, lorsqu'il s'agit d'interpréter les clauses d'un contrat à la grosse, l'interprétation doit toujours dans le doute être faite en faveur de l'emprunteur, parce qu'il est débiteur; tandis que pour le contrat d'assurance, c'est par le même motif en faveur de l'assureur qu'il faut prononcer.

Le contrat à la grosse n'est pas plus une société, un prêt proprement dit, qu'une assurance, il n'est pas non plus un composé de plusieurs contrats, mais un contrat d'une espèce particulière, ayant des règles et un caractère qui lui sont propres; consensuel, unilatéral, à titre onéreux, aléatoire, de droit strict et enfin du droit des gens.

CHAPITRE II.

Conditions essentielles pour la validité du contrat à la grosse.

Les conditions essentielles pour la validité des contrats en général sont également requises pour le prêt à la grosse, mais elles sont modifiées par la nature de ce contrat.

Il faut pour que le prêt à la grosse soit valable, outre la capacité des parties et leur consentement,

- 1^o Un capital prêté, en argent ou en marchandises;
- 2^o Un ou plusieurs objets affectés à la sûreté de ce prêt;

3^o Des risques auxquels ces objets soient exposés et dont le prêteur soit chargé ;

4^o Un profit maritime, c'est-à-dire la stipulation au profit du prêteur et pour le cas d'heureuse arrivée d'une somme en sus du capital prêté.

CHAPITRE III.

Des choses qu'on peut prêter à la grosse.

La chose prêtée consiste ordinairement en une somme d'argent. Cependant on peut prêter à la grosse non seulement une somme d'argent, mais toute espèce de choses appréciables susceptibles de se consommer, ou dont l'emprunteur puisse librement disposer et qu'il puisse facilement convertir en argent. Le prêt de marchandises ou de choses fongibles ne porterait pas atteinte à la nature du prêt à la grosse, pourvu que la valeur des choses prêtées dût être rendue au donneur à la grosse en argent et non autrement. En pareil cas, le prix de la chose et non la chose elle-même fait en réalité l'objet du contrat.

Il a été jugé que le montant d'une facture de marchandises vendues et dont l'acquit est remis contre un billet de grosse de la même somme souscrit par l'acheteur, est un aliment valable et suffisant pour le contrat à la grosse (Trib. com. Marseille, 30 août 1827).

CHAPITRE IV.

Des choses qui peuvent être affectées par l'emprunteur au prêt à la grosse.

La partie qui emprunte un capital à la grosse aventure, l'emprunte sur certaines choses qui sont spécialement

affectées, en cas d'heureuse arrivée, à la restitution de la somme prêtée, mais dont les risques maritimes auxquels elles sont exposées doivent être supportés par le prêteur.

L'art. 315 Cod. com., reproduisant avec de légères modifications l'art. 2 de l'ordonnance de 1681, nous dit que les emprunts à la grosse peuvent être affectés sur le corps et quille du navire, — sur les agrès et apparaux, — sur l'armement et les victuailles, — sur le chargement, — sur la totalité de ces objets conjointement, — ou sur une partie déterminée de chacun d'eux.

En d'autres termes, et pour poser une règle générale, tout ce qui, pouvant être l'objet d'une transaction commerciale est exposé aux risques de la mer, peut être affecté au prêt à la grosse.

Nous avons précédemment comparé le contrat à la grosse avec le contrat d'assurances; tout ce qui peut faire la matière du contrat maritime peut être affecté au prêt à la grosse. Cependant, il est des choses qui peuvent être la matière d'un contrat d'assurance et qui ne peuvent être celle d'un contrat à la grosse, parce qu'elles ne sont pas vénales et que leur affectation au prêt à la grosse serait illusoire; telles sont, par exemple, la vie ou la liberté d'une personne.

Il n'est pas indispensable que les choses affectées au prêt à la grosse soient corporelles; on pourrait, par exemple, affecter une créance si elle était exposée à des risques maritimes; tel est le profit déjà fait sur les marchandises. Ainsi, un chargement valant 30,000 fr. a été assuré en France pour cette somme, à prime liée, aller et retour de Saint-Domingue. La vente de ce chargement à Saint-Domingue procure un tel bénéfice, que le chargement en retour vaut le double de celui de l'aller; nul

doute que l'armateur ne puisse emprunter à la grosse à Saint-Domingue trente autres mille francs sur l'excédant du chargement; car cet excédant constitue un profit réalisé et soumis à des risques maritimes.

On ne peut emprunter que sur des choses que l'on court risque de perdre. Si déjà elles étaient garanties par un contrat d'assurance, elles ne pourraient être affectées au prêt à la grosse. Il faut cependant entendre sainement cette prohibition; si des marchandises déjà assurées avaient une valeur supérieure à la somme pour laquelle l'assurance a été faite, l'excédant de leur valeur pourrait être l'objet d'un prêt à la grosse.

Peut-on prêter sur une chose déjà en risque? Valin répond affirmativement en s'appuyant sur ce qu'il y a présomption que les deniers ont servi à payer ce qui était dû pour la chose mise en risque. Emerigon soutient un avis tout contraire, plus conforme aux principes qui régissent le prêt à la grosse. « L'argent, dit-il, procure les choses qu'on veut envoyer ou porter outre mer; et sans argent un navire ne saurait sortir du port. Voilà pourquoi on a déferé de grands privilèges au contrat de grosse. Mais une fois que le navire a mis à la voile, l'intérêt public est rempli, et il n'est plus nécessaire d'accorder des privilèges pour une entreprise déjà exécutée. Notre ordonnance qui permet de faire des assurances *avant ou pendant le voyage*, n'a pas répété la même disposition pour le prêt à la grosse. » Les mêmes raisons peuvent être données aujourd'hui. Nous remplacerions seulement les mots : *Notre ordonnance*, par ceux-ci : le Code de commerce, art. 335. Emerigon, après avoir présenté de nouveaux arguments à l'appui de son opinion, ajoute : « Il ne s'agit

pas de prêt à la grosse donné pendant le voyage pour nécessités intermédiaires. »

Nous avons cité plus haut l'art. 315 ; les expressions de cet article ont besoin d'une explication sommaire.

§ 1. — *Corps et quille du navire.* — *Agrès et apparaux.*
— *Armement et victuailles.*

L'argent donné sur le *corps et quille* du navire, s'entend du prêt d'une somme fournie pour être employée au paiement du *radoub*, ce qui comprend les matériaux employés et les journées des ouvriers. Le prêt fait sur les *agrès et apparaux* s'applique aux voiles, cordages, vergues et autres ustensiles du navire. Celui qui porte sur l'*armement* et les *victuailles*, s'applique aux canons et autres armes, aux provisions de guerre et de bouche, aux avances que l'on fait à l'équipage et à tous les frais faits jusqu'au départ.

Dans la pratique, il est rare que l'on use de la faculté donnée par la loi d'affecter séparément ces divers objets.

« Si un emprunt à la grosse est affecté sur *le navire* sans autre désignation, dit le Code hollandais (art. 575), il comprend les *agrès et apparaux* ainsi que l'*armement*. »

C'est ainsi également que le contrat devrait être interprété en France, s'il y avait doute, car tel est l'usage ; et d'ailleurs, l'*armement*, les *agrès et apparaux* ne sont qu'un accessoire du navire ; ils en font partie.

La Cour de cassation (Rej., 20 février 1844. Leroux) a décidé que l'on devait considérer comme pouvant être affectés à un contrat à la grosse tous les bâtiments de mer qui, avec un armement et un équipage qui leur

sont propres, remplissent un service spécial, et suffisent à une industrie particulière, quelles que soient d'ailleurs leurs dimensions et dénominations, quelque limitée que soit la durée de leur voyage. Dans l'espèce qui a amené l'arrêt de la cour, il s'agissait de sloops, barques ou bâtiments de pêche, formant à eux seuls le matériel d'une entreprise commerciale, qui ne prenaient la mer qu'à certaines époques et pour un temps très court.

§ 2. — *Facultés, cargaison ou chargement, pacotilles.*

Le prêt fait sur *facultés* comprend tout ce qui appartient au preneur, tant dans le chargement ou la cargaison proprement dite, que dans les *pacotilles*. Il en serait autrement si l'on empruntait sur *les cargaisons* et sur *les pacotilles* séparément; ces objets formeraient dans ce cas deux masses séparées qui produiraient aussi des retours séparés. Si le prêt était fait sur telles marchandises désignées, les autres marchandises, placées sur le même navire, seraient exclues de l'affectation. Si le contrat contient la clause de faire échelle, le prêt fait sur le *chargement* ou sur *facultés*, affecte non seulement les marchandises chargées lors du départ, mais encore celles qui, pendant le voyage, ont été chargées pour le compte du preneur.

Quant aux marchandises achetées par le preneur au port de destination, si le contrat a été fait *d'entrée et de sortie* du port de destination, les marchandises de retour chargées pour le compte du preneur sont affectées au prêt. Il en serait autrement si le contrat n'a été fait que pour *l'aller*. Les marchandises achetées pendant la

traversée de retour seront aussi affectées au prêt dans le cas où le contrat est fait *d'entrée et de sortie* du port de destination. Mais il faut, dans le cas où le contrat contient cette clause, que les marchandises de retour soient chargées sur le navire affecté au contrat, le prêteur n'étant point responsable du risque des marchandises chargées sur un autre navire; le privilège dont il jouit pour le remboursement ne frapperait pas ces marchandises, alors même qu'elles auraient été achetées avec le produit de celles transportées au lieu de destination.

§ 3. — *Corps et facultés affectés conjointement, séparément ou alternativement.*

L'emprunt à la grosse peut être fait sur les objets ci-dessus désignés : *ensemble* ou *séparément*, en *tout* ou en *partie*. Nous avons déjà dit que dans l'usage, à moins que le contraire ne résulte évidemment de la convention ou des circonstances, le prêt sur corps et quille affecte les agrès, apparaux, armement et victuailles, le corps ne faisant qu'un même tout avec les accessoires. Mais il ne s'étend point aux *facultés* qui sont choses indépendantes du navire. Il faut donc, si l'on veut affecter tout à la fois le navire et le chargement, que le prêt soit fait sur *corps* et *facultés*. Dans ce cas le prêteur a un privilège solidaire sur le navire et sur le chargement, c'est-à-dire, qu'il peut à son gré se payer sur l'un ou sur l'autre, ou sur les deux pris ensemble. « Le preneur, dit à cette occasion Emerigon (t. 2, p. 201) par une conjonction *re et verbis* n'a établi qu'un seul capital de l'intérêt qu'il avait au navire et aux marchandises. Le capital est affecté par privilège et sans divisions au donneur qui peut se payer sur l'un ou

sur l'autre des objets , ou sur les deux pris ensemble. »

L'emprunt peut n'être fait que sur telles marchandises ou telles pacotilles , ce qui exclut les autres marchandises ou pacotilles appartenant au même propriétaire.

Au reste , l'énonciation insuffisamment expliquée s'interpréterait contre le preneur. Le prêt fait soit *sur le corps* , soit *sur les facultés* de tel navire , ne donnerait pas à l'emprunteur le droit de rejeter le risque soit sur le corps , soit sur les facultés à son choix suivant l'événement ; ce serait laisser le champ trop libre à la fraude ; les caractères particuliers que les risques impriment au prêt à la grosse , doivent faire décider que la règle du droit commun sur les obligations alternatives est ici sans application.

Quoique le prêt fait sur *tel navire* sans aucune autre spécification n'affecte, en général, que le corps et quille et les accessoires, il pourrait cependant, suivant les circonstances du fait ou de l'intention présumée des parties, s'appliquer aux facultés ; c'est ce qui aurait lieu dans le cas où l'emprunteur n'aurait intérêt que dans le chargement et non dans le navire. Ce contrat, en effet, doit s'exécuter de *bonne foi*, et le mot *navire* peut, dans la pensée des contractants, être pris soit pour le contenant, soit pour le contenu. (V. cependant un jugement contr. du trib. de Marseille, 1^{er} février 1822.)

CHAPITRE V.

Des choses qui ne peuvent être affectées au prêt à la grosse.

L'art. 318 nous dit que : « Tous emprunts faits sur le fret à faire du navire, et sur le profit espéré des mar-

ehandises, sont prohibés. Le prêteur dans ce cas n'a droit qu'au remboursement du capital sans aucun intérêt. » Cette prohibition est la reproduction d'une disposition pareille de l'ordonnance de 1681 (art. 4). La nature du contrat à la grosse exigeant l'affectation d'un objet certain, on ne peut emprunter sur des produits éventuels. Si l'on empruntait sur le *fret à faire*, le prêteur serait à la discrétion de l'emprunteur qui, ne devant plus profiter du prêt, s'en inquiéterait fort peu. D'un autre côté, le fret est le fruit réel du navire sur lequel il y a déjà action pour la portion des emprunts que le capitaine est autorisé à faire sans la participation des propriétaires.

Si on ne peut pas non plus affecter au prêt à la grosse le profit espéré des marchandises, c'est parce que ce profit ne constitue qu'une espérance qui peut s'évanouir par le fait même de l'emprunteur, et qui, comme le fret à faire, n'offre rien de certain. D'ailleurs, comme d'une part, on ne peut emprunter à la grosse au delà de la valeur des objets affectés, et que, d'une autre part, l'importance du bénéfice ne peut être connue qu'après le voyage; il s'ensuit que, si le prêt est fait au moment du départ, la valeur de l'objet affecté est inconnue, et que si l'on attend le retour, il n'y a plus de risques à courir.

En cas de contravention à la prohibition de l'art. 318, le prêteur et le preneur sont également coupables d'avoir transgressé la loi. La nullité du prêt peut être invoquée par l'une ou l'autre des parties. Cette circonstance que le prêteur est en faute aussi bien que l'emprunteur, dans le cas de l'article 318, explique aussi pourquoi cet article ne lui accorde que le remboursement du capital sans aucun intérêt. Il est vrai qu'il sera aussi seul puni d'une infraction à la loi, dans laquelle il a eu pour complice

l'emprunteur, puisque celui-ci ne lui paiera pas l'intérêt des sommes dont cependant il aura joui ; mais le législateur a pensé que le plus sûr moyen de prévenir les prêts prohibés était précisément de punir les prêteurs. Ainsi donc, dans le cas de l'article 318, le prêteur n'a droit à aucun intérêt, si ce n'est du jour de la demande, quand même le navire reviendrait à bon port. Mais réciproquement, et en punition de sa faute, l'emprunteur est tenu de rembourser le capital, quand même il y aurait perte entière.

Les principes posés par l'article 318 ne sont pas adoptés par tous ; quoi qu'il en soit, cependant, il est certain que cette disposition de la loi est conforme aux principes généraux du droit commercial français ; dans le prêt à la grosse comme dans les assurances, l'emprunteur ni l'assuré ne doivent jamais retirer un bénéfice du sinistre ; or le résultat de l'opération est subordonné aux chances de la vente, et le prêt risquera d'être dû en cas de naufrage.

On peut emprunter sur le *profit acquis*, nous l'avons prouvé plus haut. Mais que décider par rapport au *fret acquis* ? L'armateur qui a le choix, soit de décharger les marchandises dans tel port désigné, soit de les transporter, moyennant une augmentation de fret, dans un port plus éloigné, peut-il, après être parvenu dans le premier port, emprunter à la grosse sur le fret qu'il aurait pu gagner en déchargeant dans le premier port, alors qu'il dirige sa route vers le second ? Pour l'affirmative, on dit qu'une fois le navire arrivé au premier port, le fret qui aurait pu y être payé est un fret gagné, un droit certain sur lequel l'armateur, en l'exposant à de nouveaux risques, a pu valablement emprunter à la grosse. A l'appui de l'opinion contraire, on soutient que, dès que le fret acquis

est remis en risques, il redevient par cela même un fret à faire. La première de ces opinions est la plus généralement adoptée.

Valin et Pothier entendent encore par *fret acquis*, le fret qui, d'après les conventions entre le propriétaire du navire et les chargeurs, doit lui être payé à *tout événement*, aussi bien en cas de perte du navire et des marchandises, que pour le cas d'heureuse arrivée. Cette espèce de *fret acquis* ne pourrait être l'objet d'un prêt à la grosse, car, devant être payé à tout événement, il ne court aucun risque.

Dageville fait cependant sur ce point une précision importante (t. 2, p. 549) : « Si l'armateur, dit-il, destinant le montant du fret payé d'avance à fournir aux réparations du navire pendant le voyage, a chargé cette somme sur le navire, ou s'il l'a employée en marchandise, le prêt est valable. »

Quant aux courses maritimes, il faut décider que si l'on ne peut emprunter à la grosse sur les prises que l'on a besoin de faire, rien n'empêche d'affecter à ce contrat les prises faites et qui ne sont pas encore arrivées à leur destination. Elles constituent, en effet, une valeur certaine et réelle, exposée aux risques de la mer.

L'ordonnance de 1681, tit. 5, art 4, permettait aux matelots d'emprunter sur leurs loyers, pourvu que ce fût en présence et du consentement du capitaine, et que l'emprunt fût au-dessous de la moitié des loyers. Lors de la rédaction du Code de commerce, il fut également proposé au conseil d'Etat d'autoriser les gens de mer à emprunter sur leurs loyers pour se faire une pacotille. Mais ce système n'a point été admis. L'article 319, C. de com., décide au contraire en termes absolus que : « nul prêt à la

grosse ne peut être fait aux matelots ou gens de mer sur leurs loyers ou voyages. » Les motifs de cette disposition sont : 1^o Que les loyers des matelots dépendent de l'arrivée du vaisseau et de la durée du service , et qu'ainsi ils n'offrent rien de certain qui fasse l'objet du contrat; 2^o Que permettre les emprunts, ce serait détruire l'intérêt qui attache les matelots à la conservation du vaisseau.

Pardessus excepte de la prohibition formulée par l'article 319, les prêts qui seraient accompagnés des autorisations et qui auraient pour principe les causes portées dans l'ordonnance du 1^{er} novembre 1745. Nous ne croyons pas que cette restriction puisse être admise. L'ordonnance de 1745 avait été rendue sous l'empire de l'ancienne législation, moins sévère que le Code de commerce.

Les raisons qui ont porté le législateur à décider que les loyers des matelots ne peuvent être affectés à un prêt à la grosse, nous portent à décider qu'il doit être de même pour les salaires du capitaine. Mais la disposition de l'article 319 ne fait pas obstacle à ce que, lorsque par l'heureuse arrivée du navire ces salaires ont cessé d'être une créance purement éventuelle et sont devenus un droit acquis, ils puissent être accessoirement affectés avec ses autres biens au remboursement de billets de grosse qu'il a souscrits en cours de voyage, avec engagement personnel de sa part. (Aix, 24 janvier 1834; — Hesse, C. Barbarowich.)

Rien n'empêche les gens de mer qui auraient intérêt au navire ou au chargement d'emprunter à la grosse sur ces objets. Par rapport aux marchandises qui leur appartiennent, aucun motif n'existe qui puisse nous décider à les soumettre à des règles différentes de celles qui régissent les autres chargeurs.

Tous les auteurs sont d'accord pour décider qu'en cas de contravention à l'art. 359 le prêteur serait sans action sur le salaire des matelots, même pour le remboursement du capital ; il n'aurait de recours que sur les autres biens des emprunteurs.

CHAPITRE VI.

Du privilège qui frappe les objets affectés au prêt. — Concours entre les divers privilèges et les assurances.

L'art. 320, Cod. Com., nous dit que : « Le navire, » les agrès et les apparaux, l'armement et les victuailles, » même le fret acquis, sont affectés par privilège, au » capital et intérêts de l'argent donné à la grosse sur le » corps et quille du navire. Le chargement est également » affecté au capital et intérêts de l'argent donné sur le » chargement. Si l'emprunt a été fait sur un objet parti- » culier du navire ou du chargement, le privilège n'a » lieu que sur l'objet, et dans la proportion de l'objet » affecté à l'emprunt. » (Ordon. de 1681, art. 7). La Cour de Cassation fit ajouter à cet article le dernier paragraphe pour prévenir toute fausse interprétation qui aurait pu conclure des termes primitifs, soit que l'emprunt ne pouvait être fait sur un objet particulier, soit que le navire ou la totalité du chargement se trouvait, dans tous les cas, frappé du privilège.

Toutes les dispositions de cet article sont parfaitement justes ; on accorde un privilège sur le navire au prêteur des sommes qui ont mis l'armateur en mesure de faire naviguer son vaisseau. Il est juste aussi d'étendre ce privilège au fret acquis qui est l'accessoire et le fruit réel

du navire. C'est le cas, dit M. Dalloz, d'appliquer la maxime : « *Quod accidit pignori pignus est.* »

S'il avait été fait deux prêts séparés, l'un sur le corps et quille, l'autre sur les agrès et apparaux, les deux prêteurs auraient sur le fret des marchandises sauvées un droit proportionnel à la valeur comparée du navire et des agrès. Cependant, dans ce cas, les prêteurs n'auraient un privilège sur le fret des marchandises sauvées qu'après le prélèvement fait des frais de sauvetage et du salaire des matelots. Les parties ne pourraient stipuler que le privilège du prêteur ne portera pas sur le fret. Les débris sauvés et le fret dû au navire, sont pour le prêteur le dédommagement du sinistre éprouvé. La dispense de rapporter le fret serait, dit Emerigon, contraire à la nature du contrat à la grosse, car elle rendrait, dans certains cas, le naufrage avantageux pour l'emprunteur. Il est vrai qu'en matière d'assurance une semblable dispense peut être établie au profit de l'assuré. Mais, dit encore M. Emerigon, donnant les motifs de cette différence : « L'assurance est susceptible de toutes les conditions dont les parties peuvent convenir. L'assureur peut ne se soumettre qu'à une partie des risques, et la déclaration de 1779 a permis à l'assuré de s'obliger, en cas de sinistre, à un abandon partiel. Mais la nature du contrat à la grosse soumet le donneur à tout sinistre majeur sans exception et même aux avaries grosses; d'où il suit par réciprocité de raison que les débris sauvés et le fret dû au navire sont affectés en totalité au donneur sur le corps. »

Le privilège s'étend, non seulement au capital et au profit maritime, mais aussi à l'intérêt de terre ou pour les sommes prêtées à la grosse, depuis l'expiration des risques jusqu'au remboursement. La Cour de Cassation a

ainsi décidé (20 février 1840) et elle motive son arrêt en ces termes : « Attendu en principe que l'accessoire suit le principal , et qu'ainsi le privilège acquis à celui-ci s'étend aux intérêts , etc. »

Emerigon nous dit (Ch. 12 , Sect. 2 , § 2) : « Pour que ce privilège soit acquis au donneur , il suffit que les deniers aient été donnés de bonne foi sur le corps , pour les nécessités du voyage , quoique le navire ait été saisi avant de mettre à la voile. Il est vrai que dans ce cas il ne sera dû aucun change nautique , attendu le défaut de risque , mais le privilège ne laissera pas d'être acquis sur le corps d'après les art. 3 et 8 , h. t. , dont la décision est générale. » Les termes du Code de commerce ne sont pas moins explicites que ceux de l'ordonnance auxquels Emerigon fait ici allusion ; aussi ces principes devraient-ils être appliqués dans tous les cas où le voyage serait rompu. Le privilège , dit la Cour de Caen , n'est pas le prix du risque , il est la condition sans laquelle le prêteur n'aurait pas consenti à prêter. » (Caen , 28 février 1844).

L'emprunteur peut faire à ce point de vue tel usage qu'il lui plaît de la somme empruntée , sans que le défaut d'utilité de l'emploi par lui fait de cette somme puisse être invoqué contre le prêteur. Si l'emploi du prêt vient à être changé , c'est par une fraude dont le prêteur n'est pas responsable et dont il ne peut être puni. (Cass. Rej. , 20 février 1844. — Leroux).

Le privilège du prêteur pourrait bien donner lieu , on le voit par les précisions déjà faites , à des abus au préjudice des tiers dans les contrats rédigés sous seing privé : Valin avait fait autrefois cette observation , le tribunal de Bordeaux la reproduisit dans les observations qu'il pré-

senta au moment de la rédaction du Code , et pour éviter ces fraudes l'on prescrivit l'enregistrement du contrat à la grosse au greffe du tribunal de commerce dans les dix jours de la date, sous peine de perte du privilège. (Cod. com. , § 12).

Lorsqu'il y a plusieurs emprunts successifs sur le même objet, le dernier est préféré quand il y a lieu de croire que c'est lui qui a sauvé le gage commun : « *Qui salvam fecit pignoris causam.* » (fr. 6 D. *qui potiores.*) — C'est sur ce principe d'équité qu'est basé l'article 323, C. de com., qui concerne les emprunts faits sur le navire et qui est ainsi conçu : « Les emprunts faits pour le dernier voyage du navire sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées pour continuation ou renouvellement. — Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire ; et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé. » (Ord. 1681, art. 10.)

Le motif qui a dicté ces dispositions est facile à saisir. Si la préférence est toujours accordée au dernier emprunt, c'est qu'on présume que les deniers ont servi à remettre le navire en état de faire le voyage, et ont ainsi favorisé la navigation. Le prêt fait au précédent voyage jouit de moins de faveur ; de même le prêt fait en cours de voyage est présumé avoir eu pour motifs les besoins indispensables de la navigation, et pour résultat de conserver le gage commun en permettant au navire d'opérer son retour ; la préférence lui est due à ce titre ; elle sera due par suite

au dernier emprunt, s'il en a été fait plusieurs pendant le voyage.

Le principe que ceux qui ont contribué le plus récemment à la conservation des objets doivent être payés de préférence aux autres, se trouve également consacré par l'article 491, C. de com. — Il reçoit, comme on l'a vu par le texte de l'article 323, son application dans le cas même où les sommes prêtées pour un précédent voyage sont déclarées laissées pour continuation ou renouvellement. — « Mais, dit Valin, il n'y a que ceux qui n'ont pas prévu la conséquence de cet article qui peuvent se trouver dans le cas. Tout autre, au lieu de renouveler le prêt fait pour un premier voyage, et qui voudra prêter encore pour un second, aura soin de faire un nouveau contrat pour un second voyage, après avoir quittancé le premier contrat; au moyen de quoi, il sera réellement prêteur à la grosse sur le second voyage, à l'effet d'entrer en concurrence avec les autres prêteurs, tout de même pour le second voyage. Néanmoins, ajoute Valin, s'il y avait preuve du renouvellement, il faudrait donner la préférence à celui qui aurait réellement fourni les deniers pour le nouveau voyage. » — Locré, Delvincourt et Dageville enseignent pareillement que, s'il est prouvé qu'un billet de grosse n'est que le renouvellement d'un précédent, il doit être rejeté après les emprunts faits pour le dernier voyage.

Les codes hollandais (581) et portugais (1651) disposent que, si plusieurs emprunts avaient été faits dans le même lieu, pour le même besoin, il n'y aurait plus de motif d'établir un ordre de préférence, et l'on n'aurait pas égard à la date des contrats. Cette règle doit être suivie en France, elle est, en effet, fort juste. Quelques jurisconsultes cependant, s'appuyant sur ce que la loi a dit :

« le dernier emprunt sera préféré, » sont d'un avis contraire. C'est, ce nous semble, s'attacher trop littéralement à une expression qui n'a pas été écrite pour ce cas et qui ne peut avoir cette portée. Si les emprunts, quoique faits à des dates différentes, n'avaient pour objet qu'une réparation unique qui, exigeant beaucoup de temps et des dépenses considérables, nécessiterait l'intervention de plusieurs prêteurs, tous les emprunts concourraient ensemble.

En se pénétrant bien de l'esprit de l'article 323, on comprend facilement qu'il est écrit au point de vue des intérêts de la navigation, et non de ceux de la spéculation. Le contrat à la grosse pourvoit dans son ensemble aux uns et aux autres; mais l'article 323 ne favorise que les premiers. Ainsi, les emprunts sur les marchandises peuvent aussi avoir lieu avant ou pendant le voyage, et ils peuvent être faits par spéculation ou pour les besoins du navire. Dans ce dernier cas seulement, l'article 323 leur est applicable; mais s'ils n'ont été faits que pour opérer de nouveaux achats et accroître le chargement, ils viendront tous en concours avec ceux qui ont été faits avant le départ et sans aucun égard à la date. Par la même raison, l'emprunt pendant le voyage par le propriétaire pour ses besoins personnels, serait assimilé à l'emprunt fait pendant le départ et ne jouirait d'aucune préférence.

La loi, en accordant ce privilège, a moins eu en vue de favoriser le prêt à la grosse que de procurer la réparation et de rendre facile l'arrivée du navire; aussi doit-on décider que l'emprunt pur et simple doit être assimilé quant au privilège à l'emprunt à la grosse, dès qu'il a eu comme celui-ci pour objet la conservation du navire ou du chargement; car c'est évidemment la cause de

l'emprunt, et non pas le mode suivant lequel il a été fait, qui a déterminé le législateur à créer le privilège dont il s'agit. Mais cette solution est subordonnée à l'observation des formalités exigées par l'article 234, pour constater l'urgence de l'emprunt.

S'il existe en même temps un contrat à la grosse et une assurance sur le même navire ou sur le même chargement (c'est-à-dire si l'emprunt étant inférieur à la valeur de l'objet affecté, l'emprunteur a fait assurer le surplus), le prêteur et l'assureur viennent en concours au marc le franc de leur intérêt respectif, le prêteur pour son intérêt seulement, et l'assureur pour les sommes assurées (art. 331, C. de com.) Cette concurrence établie entre le donneur à la grosse et l'assureur, est une dérogation à l'article 18 de l'ordonnance de 1681, qui accordait en pareil cas un privilège au donneur à la grosse. L'équité ne permettait pas qu'un pareil privilège fût conservé, ainsi que le faisait observer, au moyen d'un exemple parfaitement choisi, le tribunal de commerce du Havre, lors de la rédaction du Code de commerce.

D'après l'article 331, le prêteur ne concourt avec l'assureur *que pour son capital seulement*, et non par conséquent pour le profit maritime; la raison en est simple: c'est que ce profit n'est pas dû dans le cas où les objets affectés au prêt ne sont pas arrivés à bon port. L'assureur, de son côté, ne concourt que pour la somme assurée sans y comprendre la prime. Remarquons au reste qu'il n'existe aucune contradiction entre l'article 191, où le donneur à la grosse est placé dans un rang antérieur à celui de l'assureur, et l'article 331, où ils sont appelés en concurrence. Dans l'article 331, on donne le concours à l'assureur, parce qu'il s'agit de son capital, tandis que dans l'article

191, il s'agit de la prime qui est pour lui un bénéfice. « D'ailleurs, ajoute Dageville (t. 2, p. 674), le retardement dans le paiement de la prime d'assurance n'a été que le résultat du crédit qu'a bien voulu accorder l'assureur, qui eût pu demander le paiement immédiat.

Le Tribunal de commerce de Marseille a décidé (21 mars 1831) que lorsqu'un navire atteint d'avaries qui le forcent à relâcher dans un port, y est déclaré innavigable et vendu par autorité de justice, le produit de cette vente est un sauvetage qui doit être réparti au prorata entre les assureurs et les prêteurs à la grosse pour ces derniers. En conséquence, si les prêteurs à la grosse qui ont fourni les deniers pour le dernier voyage ont touché l'entier produit constituant le sauvetage, ils doivent en faire part aux assureurs.

La Cour d'Aix a décidé le 2 mai 1818 que lorsque le navire vient à périr postérieurement à la cessation du risque du prêteur à la grosse, celui-ci ne peut étendre son privilège sur les assurances faites par le propriétaire et dans lesquelles la somme prêtée n'a point été comprise.

Si le prêt à la grosse a été fait pendant le voyage, le prêteur doit être préféré à l'assureur ; c'est ce qui résulte des dernières expressions de l'art. 331 : « Sans préjudice des privilèges établis par l'art. 191. »

Si l'emprunteur vend à un tiers les objets affectés au prêt, le prêteur ne sera point primé par l'acheteur, car son titre est antérieur en date. L'acheteur ne pourrait acquérir à l'égard du prêteur des droits irrévocables sur le navire qu'après lui avoir fait faire un voyage de soixante jours en son nom (Cod. com., art. 193. Aix, 22 décembre 1824) ; et s'il s'agit d'un chargement qu'après en avoir pris livraison de bonne foi.

Le prêt à la grosse fait à un associé en participation dans les cargaisons d'un navire, ne donne pas privilège au créancier, pour le remboursement des sommes prêtées, sur la part revenant à l'emprunteur dans les marchandises qui font l'objet de la cargaison, au préjudice de l'engagement que cet associé avait pris avec ses coassociés, lorsqu'il n'est pas établi que le contrat de prêt eût une date antérieure à l'acte d'association. La Cour de cassation a décidé ainsi le 19 juin 1826; car les associés en participation ont collectivement sur les fonds ou marchandises qu'ils ont mis en commun, un droit de copropriété qui doit être préféré au privilège accordé par l'un d'eux sur ces marchandises, pour emprunt à la grosse (Jullien C. Olme).

Les décisions judiciaires n'ont force de chose jugée qu'à l'égard des parties pour ou contre lesquelles elles ont été rendues, il est évident que le jugement intervenu entre l'assureur et l'assuré touchant la recevabilité du délaissement fait par celui-ci ou celui-là, ne saurait être opposé au porteur d'un billet de grosse souscrit par l'assuré, alors que ce porteur est resté étranger à ce jugement (Aix, 25 janvier 1832. Lecesne).

Outre le privilège qui affecte les choses soumises aux risques maritimes, rien n'empêche qu'il ne soit stipulé des garanties d'une autre sorte, telles que gages et hypothèques; mais l'obligation principale s'éteignant par l'événement d'un sinistre, avec elle tomberait aussi l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire (Trib. de com. de la Seine, 13 janvier 1845).

CHAPITRE VII.

Des risques.

Nous avons déjà dit qu'il est de l'essence du contrat à la grosse qu'il y ait des risques auxquels soient exposés les objets affectés au prêt, et que ces risques soient pour le compte du prêteur. Le contrat dans lequel le prêteur ne serait pas chargé des risques, ne serait pas un prêt à la grosse; il n'aurait que les effets du prêt ordinaire. Il en serait de même si les objets affectés au contrat à la grosse n'avaient pas été exposés aux risques. Le prêteur ne pourrait dans l'un et l'autre cas exiger ni profit maritime, ni intérêt autre que l'intérêt légal.

Les auteurs cependant ne sont pas d'accord sur le point de savoir à partir de quel moment le prêteur aura droit aux intérêts. Pothier, Boulay-Paty et Pardessus répondent à cette question au moyen d'une distinction : quand le voyage a été rompu par force majeure, les intérêts sont dus à partir seulement du jour où l'emprunteur aura été mis en demeure; mais si la rupture du voyage a lieu par le fait de l'emprunteur, les intérêts sont dus de plein droit du jour du prêt jusqu'au paiement, à titre d'indemnité de la non exécution du contrat à la grosse. M. Dalloz croit que, dans l'un comme dans l'autre cas, les intérêts sont dus *de plano* du jour du prêt. D'autres, et cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 5 février 1839, pensent au contraire que l'intérêt légal n'est dû qu'à partir de la demande en justice, à moins que les parties prévoyant cette situation, n'aient fixé un terme dans la convention. Pour nous, nous croyons devoir adop-

ter la distinction présentée par Pothier et Pardessus. Pourquoi, dans le cas où l'emprunteur n'est pas en faute, la loi se montrerait-elle plus sévère que le prêteur qui ne réclame pas ?

§ 1. — *Espèces des risques. — Fortunes de mer. — Contrebande. — Baraterie de patron.*

« Les risques dont le prêteur se charge par le contrat à la grosse, dit Pothier, sont ceux de tous les cas fortuits qui causeraient la perte des effets sur lesquels le prêt est fait dans les temps et dans les lieux des risques. Le terme de *cas fortuit* s'entend de la force majeure : *vis divina quæ præcaveri et cui resisti non potest*. Il comprend tous les accidents de force majeure dont sont chargés les assureurs par le contrat d'assurance. »

Encore aujourd'hui, les risques, dont le prêteur court les chances moyennant la stipulation du profit maritime, sont les mêmes que ceux dont l'assureur est chargé aux termes de l'art. 350, Cod. com., c'est-à-dire tous les cas fortuits, tous les événements de force majeure compris sous la dénomination de *fortunes de mer*.

A. *Fortunes de mer.* — L'art. 325 se contente de nous dire que : « Si les effets sur lesquels le prêt à la grosse a » eu lieu, sont entièrement perdus, et que la perte soit » arrivée par cas fortuit, dans le temps et dans le lieu » des risques, la somme prêtée ne peut être réclamée. »

L'art. 350, qui se trouve placé sous le titre des Assurances, nous apprendra quels événements de force majeure sont aux risques du prêteur. Cet article donne les exemples suivants : tempête, naufrage, échouement, abor-

dage fortuit, changements forcés de route, de voyage, jet, feu, prise, pillage, etc., etc.

L'art. 326 (Ord. 1681, art. 11) nous apprend que :
« Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par
» le vice propre de la chose, et les dommages causés
» par le fait de l'emprunteur, ne sont point à la charge
» du prêteur ».

Par *vice propre* de la chose, il ne faut pas seulement entendre les défauts de composition ou de conformation, mais encore les destructions, détériorations ou pertes qui arrivent par un accident auquel cette chose, même en la supposant de la plus parfaite qualité, est sujette par sa nature. On entend par le *fait* de l'emprunteur tout ce qui peut résulter de sa fraude ou de sa négligence ou de sa contravention aux lois. Il y a fraude, par exemple, si l'emprunteur a présenté comme bonne au prêteur, la chose qu'il savait être vicieuse; négligence, si la chose étant en bon état, il n'a pas pris les soins nécessaires pour la conserver; contravention aux lois, s'il a enfreint les lois prohibitives sur l'importation ou l'exportation.

Le fait de l'emprunteur s'entend aussi, dit Boulay-Paty, de celui du capitaine et des gens de l'équipage. Ainsi, le prêteur ne répond pas des dommages et pertes provenant de ce que le capitaine a négligé de prendre un pilote lamaneur. Pour les mêmes raisons la cour d'Aix, par un arrêt que nous avons déjà cité, à propos d'une autre question (Aix, 25 janvier 1732 — Lecesne) a décidé que le capitaine qui, en cas d'échouement de son navire en cours de voyage, au lieu de se borner à le relever et à faire l'abandon au prêteur à la grosse auquel il est affecté, y a fait faire mal à propos des réparations,

au moyen d'emprunts à la grosse, qui ont plus qu'absorbé la valeur du navire, est en faute à l'égard du premier prêteur, et que, par suite, l'armateur est responsable vis-à-vis de celui-ci.

Le prêteur ne répond pas non plus des risques de terre. Ainsi, si les marchandises avaient été débarquées pendant le voyage, conformément à la convention, ou d'après l'ordre d'une autorité supérieure, le pillage ou tout autre risque dont elles seraient frappées, ne serait pas à la charge du prêteur, ce ne serait plus là un risque maritime.

B. *Contrebande*. — Le risque de contrebande n'est pas un risque maritime; le prêteur ne devra donc pas le supporter. La généralité des auteurs décide cependant que dans le cas où c'est du consentement des prêteurs que l'emprunteur a fait la contrebande, le prêteur a pris les risques à sa charge. Nous croyons que l'on doit distinguer le cas où l'emprunteur essaie de frauder les lois prohibitives françaises, de celui où la contrebande a lieu à l'étranger. Dans la seconde situation seulement, le prêteur peut prendre les risques à sa charge. La clause qui ferait supporter au prêteur la confiscation ordonnée par les lois françaises, serait, au contraire, nulle.

C. *Baraterie du patron*. — Cette responsabilité de droit commun, dont nous venons d'exposer les règles, peut recevoir une extension conventionnelle. Ainsi le prêteur peut se charger de la baraterie du patron; il peut prendre sur lui le risque particulier attaché à certaines marchandises ou à certaines expéditions, les avaries provenant du vice propre de la chose, et limite dans la indiquée plus haut, les dangers d'un commerce interlope.

Dans toutes ces occurrences, la volonté des parties ne reçoit de limites que par les prohibitions de la loi.

Il est à remarquer que l'ordonnance, après avoir posé les mêmes règles (art. 12) que l'art. 326, ajoutait : « *S'il n'est autrement porté par la convention* », et que cette restriction reproduite dans le projet, a été supprimée dans le Code. Loqué fait très bien observer que la conséquence de cette suppression n'est pas que la loi a voulu interdire toute dérogation, mais bien qu'elle a entendu renvoyer les parties au droit commun qui les autorise à étendre ou à restreindre leurs risques respectifs, pourvu que ce déplacement de chances ne soit contraire ni à la bonne foi, ni à l'essence du contrat. Appliquant cette distinction de Loqué, nous dirons que si le prêteur peut déroger à la loi en prenant à sa charge les pertes arrivées par la baraterie du patron ou le vice des choses, il ne pourrait se charger des pertes arrivées par le fait de l'emprunteur.

S'il est loisible aux parties d'étendre les risques du prêteur au delà de ce qui est fixé dans la loi, comme dans l'assurance; il ne leur est pas permis de les restreindre, comme elles peuvent le faire dans ce dernier contrat. Pothier semble cependant leur laisser toute latitude à cet égard (n° 24). Nous croyons cependant qu'un tel principe ne peut être admis; il aurait pour conséquence de dénaturer le prêt, de changer le caractère du contrat à la grosse, et de le faire dégénérer en pacte usuraire. La seule restriction permise est celle qui se trouve explicitement écrite dans la loi, et qui est relative aux avaries particulières (C. de com., art. 330).

§ 2. — *Temps et lieux des risques.*

« Il est rare, dit Valin, que le contrat à la grosse ne détaille pas les risques, de même que la police d'assurances. » Cette observation est encore fort juste aujourd'hui, et les temps et lieux des risques sont ordinairement fixés par la police. Mais, dans le cas où il n'a rien été stipulé sur ce point, la loi supplée au silence des parties. L'ordonnance de 1681 avait établi (art. 13), d'après les anciennes lois maritimes, des règles de sagesse et d'équité que notre Code de commerce a adoptées : « Si le temps des risques n'est point limité par le contrat, porte l'article 328, il court, à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuaille, du jour où le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré et amarré au port ou lieu de sa destination. A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire ou dans les gabarres, pour les y porter, jusqu'au jour où elles sont délivrées à terre. »

Pour que les risques sur les marchandises commencent au moment où elles sont chargées sur des gabarres, il faut que le transport par gabarres se fasse du port même ou de la rade où le vaisseau est ancré; car, s'il s'agissait de remonter ou de descendre une rivière pour parvenir au navire, le risque ne serait pas à la charge du donneur, à moins qu'il n'y eût été mis par une charge spéciale.

Le port de destination dont parle l'article 328 est lorsque le contrat a été fait pour l'aller ou le retour seulement, le port où se rend le navire; et lorsque le prêt est fait pour l'aller et le retour, le port où le navire a pris son congé.

Les risques finissant lorsque les marchandises sont délivrées à terre, il n'est pas nécessaire qu'elles soient parvenues au magasin ou au pouvoir du propriétaire, et si elles éprouvaient quelque sinistre sur le quai où elles auraient été déchargées, le prêteur n'en serait point passible, car il ne supporte que les fortunes de mer.

Les dispositions du Code de commerce ci-dessus rapportées peuvent être modifiées au gré des parties. Ainsi, le contrat à la grosse peut être fait pour l'aller et le retour; ou pour l'aller seulement, ou pour le retour seulement, ou pour un temps préfixe, soit avec désignation de voyage, soit pour tous les voyages à entreprendre pendant une période de temps fixe.

Si le temps du risque n'est pas réglé par la convention, le prêt est présumé fait pour l'aller et le retour. Cette présomption est conforme à la nature du contrat à la grosse, qui porte aussi le nom de *contrat à retour de voyage*, et à la pratique journalière. Cette opinion est soutenue par Pothier, Emerigon et Boulay-Paty. Delvincourt cependant, s'appuyant sur l'article 356, émet une opinion contraire que nous ne saurions accepter. Lorsque l'armateur a emprunté à la grosse sur son navire par des *contrats séparés* pour l'entrée et la sortie, on considère alors l'aller et le retour comme formant deux voyages distincts, et en conséquence, le navire demeure aux risques de l'armateur pour le temps intermédiaire depuis l'arrivée au port de destination, jusqu'au départ pour le retour, sauf convention contraire. Lorsque le prêt est fait pour un temps limité avec désignation de voyage, les risques du prêteur cessent à l'expiration du temps fixé, quoique le voyage ne soit pas encore terminé. Le prêt est fait pour un temps limité, chaque fois qu'il résulte claire-

ment de la convention qu'à un jour déterminé ou au bout de *tant* de jours , de mois, ou à *telle* hauteur en mer, les risques cesseront. Le cours du délai fixé n'est interrompu ni par le temps des relâches ou *staries* dans les ports de la route, ni par celui des déradements, à moins de convention contraire; car pendant ces séjours volontaires ou forcés, le navire continue à courir des risques et peut périr par fortune de mer. Il arrive rarement que les parties dérogent à cette règle par une convention spéciale, si ce n'est lorsqu'il s'agit d'armements en course dans lesquels on ne considère les risques que pendant le temps des croisières.

Lorsque le prêt est fait pour le voyage entier, à raison de 12 pour 100 par mois, avec stipulation que les six premiers mois de change seront acquis au prêteur, malgré la perte survenue après cette époque, cette stipulation est-elle valable? Émerigon, qui le premier a posé cette question, propose pour la résoudre une distinction: si le navire est arrivé au terme du voyage, de telle sorte que l'emprunteur ait pu réaliser des bénéfices et payer les six premiers mois de change, il est tenu d'effectuer ce paiement, nonobstant la perte ultérieurement survenue; parce que, dans ce cas, il y a lieu de considérer le prêt comme ayant été fait distinctement pour le voyage d'aller, avec renouvellement pour celui de retour. Si au contraire le navire a péri après l'échéance des six premiers mois, mais sans être parvenu au terme du voyage de l'aller, l'emprunteur est délié de toute obligation, de même que l'emprunteur est délié de toute obligation de payer le prix du bail, quand la grêle a totalement détruit la récolte. Boulay-Paty est d'un avis opposé; il regarde la stipulation dont il s'agit comme contraire à la nature du contrat à la

grosse, parce que, dit-il, le change ou profit maritime étant un accessoire du capital, il s'ensuit que la perte du tout délivre le preneur. Nous nous rangeons à l'avis d'Émérigon; les objections de M. Boulay-Paty ne peuvent détruire ce fait que, par la fin du voyage et en vertu de la convention, le profit des six premiers mois devient un capital exigible. Le temps des risques étant expiré, s'il est stipulé que le capital et le change maritime échus seront envoyés du lieu de la destination en lettres de change, ces lettres de change une fois expédiées sont au risque du prêteur, car ce n'est plus que comme mandataire de celui-ci que l'emprunteur agit en les lui envoyant.

Les risques ne sont à la charge du prêteur qu'autant que les objets affectés au prêt sont restés dans les lieux désignés par le contrat.

Dans l'ancienne jurisprudence, on avait demandé si, dans le prêt à la grosse affecté sur la cargaison, le prêteur était responsable de la perte lorsque cette cargaison avait été reportée sur un autre navire. « Les auteurs, disait la Cour de Rennes dans ses observations, distinguent le changement de navire fait sans nécessité du changement opéré par force majeure. Dans le premier cas, le prêteur ne garantit point l'événement; le contrat doit avoir son entière exécution comme si les marchandises étaient sauvées; dans le second cas, c'est une fortune de mer, la perte est au compte du prêteur. » Cette règle, sans être textuellement écrite dans la loi, était en effet suivie sans difficulté (Pothier, n° 18), et l'on déféra aux observations de la Cour de Rennes, en disposant (art. 324) que : « le prêteur » à la grosse sur marchandises chargées dans un navire » désigné au contrat, ne supporte pas la perte des marchandises, même par fortune de mer, si elles ont été

» chargées sur un autre navire, à moins qu'il ne soit léga-
» lement constaté que ce chargement a eu lieu par force
» majeure. »

Il faut de plus que le sinistre, pour être à la charge du prêteur, soit arrivé sur la route directe, ou sur celle qui est déterminée par la convention. Sauf le cas de force majeure, tout changement de route ou de voyage décharge donc le prêteur, et le profit maritime lui est dû, s'il a commencé à courir les risques. Il en serait de même, si le navire, après un changement volontaire de route, ne subissait ce sinistre qu'après avoir repris la route tracée par le contrat.

Si le voyage est rompu parce que le capitaine adopte une nouvelle destination, les risques cessent et le contrat doit être exécuté. La Cour d'Aix (19 novembre 1830) a décidé qu'il en serait ainsi, lors même que le capitaine, après avoir annoncé son nouveau projet, reviendrait sur sa détermination et reprendrait son ancien voyage. L'engagement devenu un moment pur et simple, ne peut plus, par la seule volonté du capitaine, reprendre son premier caractère.

Le navire, dont on n'a plus de nouvelles, est présumé avoir péri dans les temps et lieux des risques. C'est au prêteur à prouver, en sa qualité de demandeur, que le navire n'a péri qu'après le temps des risques, ou après avoir atteint la hauteur déterminée par la convention, s'il veut avoir droit au remboursement du capital prêté, et du profit maritime (Arg., art. 375-376, Cod. com).

CHAPITRE VIII.

Du profit maritime et des intérêts de terre.

« Il ne peut y avoir de prêt à la grosse, s'il n'y a un profit maritime stipulé par le contrat, c'est-à-dire une certaine somme d'argent ou quelque autre chose que l'emprunteur s'oblige à payer au prêteur, outre la somme prêtée, pour le prix des risques dont il s'est chargé » (Pothier, n° 19).

Ce *profit* ou *change maritime* peut consister en une somme d'argent, ou en quelque autre chose évaluable en argent. Le taux en avait été limité par Justinien ; mais la disposition de la loi 26, *de Usuris*, n'a point passé dans notre législation qui laisse les parties entièrement libres de régler comme elles l'entendent le change nautique.

« Quelque part, dit Pothier, que le profit maritime ait été stipulé par le contrat à la grosse, il est toujours censé, dans le for extérieur, n'être autre chose que le prix des risques maritimes et par conséquent entièrement licite. »

La fixation du taux du change maritime est entièrement laissée à la discrétion des parties contractantes, qu'il soit calculé à raison de tant pour cent par mois, ou qu'il soit d'une somme fixe pour tout le voyage. La première stipulation est particulièrement en usage quand l'emprunt est fait pour un temps limité de navigation, et la seconde lorsqu'il est fait pour un voyage.

A moins de convention formelle, le profit maritime, une fois arrêté, est invariable. Il est dû en entier dès que le donneur a commencé à courir les risques, quoiqu'ils

aient cessé avant le temps convenu. Par exception à ce principe, Pothier et Valin pensaient que, bien que le prêt eût été fait pour l'aller et le retour, ce profit, s'il n'y avait pas de retour, n'était pas cependant dû en entier au prêteur. Le motif de cette décision était que l'ordonnance de 1681 (Assur., art. 6) ayant statué qu'en cas d'assurance faite pour l'aller et le retour, les assureurs étaient obligés, quand il n'y avait pas de retour, de rendre le tiers de la *prime*; il y avait même raison de décider que le prêteur à la grosse devait souffrir la déduction du tiers du profit maritime lorsqu'il n'y avait pas eu de retour. L'art. 356 Com. reproduit cet art. 6.; si cette solution était fondée sous l'ordonnance de la marine, elle l'est donc encore aujourd'hui. Mais cette solution donnée par Valin et Pothier n'était pas admise par tous sans contestation, et Emérigon rapporte un arrêt du Parlement d'Aix qui décide dans un sens contraire. De nos jours, c'est l'opinion du Parlement d'Aix qui est généralement adoptée par la jurisprudence et par la doctrine. La disposition de l'art. 356 constitue une faveur, un privilège en faveur de l'assuré, et, à ce titre, on doit en restreindre l'application au lieu de l'étendre à l'emprunteur à la grosse. N'y a-t-il pas d'ailleurs entre l'assurance et le prêt à la grosse cette différence essentielle que le prêteur avance des fonds et ne reçoit rien qu'au retour, tandis que l'assuré n'avance rien et reçoit au contraire une prime : d'où il suit que la diminution du tiers de la prime ne cause aucun préjudice à l'assureur, mais seulement diminue son bénéfice, tandis que le prêteur, obligé d'avancer des fonds, perd en pareil cas (Trib. de Marseille, 18 juin 1821. Madgille).

Si le voyage a été rompu avant d'avoir été commencé, lors même que ce serait par la faute de l'emprunteur, le

profit maritime n'est point dû, parce qu'il est le prix des risques et qu'il n'en a point existé.

On convient quelquefois que le profit maritime augmentera s'il survient une guerre; cette stipulation est équitable, puisque cet événement est de nature à augmenter les risques; mais elle ne pourrait être suppléée si les parties avaient gardé le silence sur ce point. Certaines conventions portent que le profit augmentera à raison de tant pour cent par mois, si le navire n'a pas opéré son retour à une époque déterminée. Valin s'élève contre une pareille stipulation; elle ne blesse cependant ni les principes, ni l'équité; aussi est-elle généralement adoptée.

En cas d'omission dans l'acte du prêt d'une stipulation relative au change, quelques auteurs décident qu'il faut suppléer à cette omission en fixant ce change au taux de la place, à la date du contrat. Nous croyons, au contraire, que le juge ne pourrait pas, dans ce cas, suppléer la stipulation du change. Dans la vente, la non fixation du prix opère nullité; dans un contrat aléatoire où le prix est plus arbitraire encore, une pareille omission entraînerait nécessairement la nullité du contrat. La nature aléatoire de ce contrat ne permet pas d'apprécier s'il y a lésion; les juges ne pourraient donc pas plus, sous ce prétexte, réduire le taux du change qu'ils ne peuvent réduire celui de la prime d'assurances.

L'art. 317 du Code de commerce prévoit spécialement le cas où il y a réduction du contrat pour cause d'insuffisance des choses affectées au prêt; le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets affectés et le surplus de la somme empruntée est remboursé avec intérêt, au cours de la place (art. 317 Cod., Ord. 15). En cas d'annulation pour fraude, l'intérêt sera également dû,

quoique Valin et Locré aient, sur cette question, soutenu la négative; il semble difficile de ne pas décider l'affirmative par un argument à *fortiori*.

Lorsque l'art. 17 parle des intérêts, il dit qu'ils seront fixés *au cours de la place*; à l'époque où cet article a été promulgué, l'intérêt conventionnel n'était pas limité; il serait plus exact aujourd'hui de dire : *au cours légal*; les juges, ne pouvant élever le taux au-delà de cette limite, ne peuvent avoir le droit de l'abaisser au-dessous.

On a vu qu'aussitôt que les risques sont fixés, l'emprunteur doit le remboursement de la somme prêtée et de plus le profit maritime convenu. Mais, quand il est en retard d'effectuer ce paiement, doit-il aussi l'intérêt de terre *ipso jure*, sans qu'il soit besoin de demande judiciaire? Le change lui-même est-il susceptible de produire des intérêts? et dans le cas de l'affirmative, ces intérêts courent-ils depuis la cessation des risques, ou seulement depuis la demande judiciaire? Le conseil de commerce de Cologne et la cour de Rennes présentèrent, lors de la rédaction du Code de commerce, des observations tendant à la solution législative de ces questions. Mais ces observations ne furent point écoutées, et ces questions, après avoir divisé les auteurs anciens, divisent encore les modernes.

Pardessus et Delvincourt pensent comme Pothier que l'intérêt de terre de la somme prêtée n'est dû que du jour de la demande, à moins de convention contraire. Locré, Boulay-Paty décident au contraire, avec Emérigon, que cet intérêt court de plein droit depuis la cessation des risques. M. Dalloz, après avoir reproduit cette dernière opinion, ajoute : « Elle semble bien fondée, attendu qu'elle est conforme à un usage constant; que le Code civil n'a pas

entendu déroger aux usages du commerce (art. 1153) et que les commerçants ne laissent jamais leurs fonds oisifs. On ne fait, en les soumettant au paiement des intérêts, que leur demander compte des fruits qu'ils ont perçus. » Ces raisons nous paraissent justes et doivent décider à adopter sur cette question l'opinion autrefois soutenue par Emerigon. La jurisprudence postérieure au Code Napoléon a continué les traditions de l'ancienne jurisprudence en adoptant aussi cette opinion. (Voir cependant *contra* Trib. de com. de Marseille, 16 mars 1839. — Loché).

Quant aux intérêts du profit maritime, les mêmes divergences se présentent. Pardessus et Delvincourt adoptant encore ici la solution de Pothier n'admettent pas que le profit maritime puisse porter intérêt même depuis la demande en justice ; l'intérêt n'est dû en aucun cas, disent-ils après Pothier, ce serait un *anatocisme*. Emerigon, en disant que la jurisprudence accordait toujours les intérêts et que l'affirmative n'était plus douteuse, faisait des vœux pour un changement de jurisprudence. Aucune loi, disait-il, ne décide que le change nautique doit produire *ipso jure* des intérêts de terre, et il est inique d'aggraver d'un accessoire nouveau le change maritime qui n'est lui-même dans le vrai qu'un accessoire. Loché, Boulay-Paty et Dageville enseignent que sans produire, comme le dit Emerigon, des intérêts, *ipso jure*, depuis la fin des risques, le profit maritime est susceptible d'en produire au moyen d'une demande judiciaire. Nous croyons qu'en effet le profit maritime, le considérât-on comme l'intérêt d'un prêt, devient lui-même, quand il est acquis, un capital véritable, susceptible, d'après l'art. 1154 Cod. civ., de porter intérêt par l'effet d'une demande en justice, ou d'une convention spéciale. La cour de Rennes (7 mars 1820 —

Theron), considérant comme l'avait fait Dumoulin, le profit maritime plutôt comme un accroissement de capital (*augmentum sortis*) que comme un intérêt décide que les profits maritimes produisent intérêt de plein droit comme le capital lui-même.

CHAPITRE IX.

Des formes du contrat à la grosse.

Le contrat à la grosse n'a pas seulement pour objet de produire une obligation réciproque entre le prêteur et l'emprunteur; il crée encore au profit de ce dernier un privilège, un droit de préférence sur les choses affectées; aussi la loi a-t-elle pris soin de déterminer les formalités exigées pour la régularité et la réalité de cette convention. Nous examinerons dans la première section de ce chapitre quelles formes externes sont requises pour la *preuve* du contrat à la grosse; dans la seconde, ses formes internes, c'est-à-dire les énonciations qu'il doit contenir.

SECTION I. — *Formes externes.*

L'article 311 nous dit que le prêt à la grosse peut être fait devant notaire ou sous signature privée (Ord., art. 1).

Faut-il conclure de cette énonciation que l'écriture est essentielle à l'existence du contrat, ou bien n'est-elle exigée que pour la preuve? Sous l'ancienne jurisprudence, il y avait eu débat seulement sur la question de savoir si la preuve par témoins serait admise. Pothier et Émerigon rejetaient toute preuve. Valin appliquait les règles du droit commun, qui n'interdit la preuve par témoins des

conventions, que lorsqu'il s'agit de plus de 100 fr. (aujourd'hui 150). Le conseil d'État, dont l'attention était déjà éveillée sur ce point, mis en demeure de s'expliquer par une *observation* de la cour de Rennes, refusa d'écrire, comme on le lui demandait, que la preuve par témoins ne serait reçue en aucun cas. Delvincourt et Locré concluent de ce refus que, conformément au droit commun, le contrat peut être prouvé par témoins quand il n'excède pas 150 fr., ou quand, excédant cette somme, il y a un commencement de preuve par écrit. Pardessus et M. Bravard-Veyrières pensent que l'article 34, C. de com., révèle l'intention qu'a eue le législateur de ne pas permettre qu'en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, l'existence du contrat à la grosse pût être établie par témoins ou par simples prescriptions. Dageville présente une troisième solution qui nous paraît plus juste que les autres : d'après lui, la preuve testimoniale peut être admise même au-dessus de 150 fr., nonobstant le défaut d'un commencement de preuve par écrit, attendu que la prohibition de cette preuve, dans le cas dont il s'agit, n'est prononcée par l'article 1341 Civ. qu'à l'égard des matières civiles et ne s'étend pas aux engagements commerciaux. D'après cette opinion, la preuve du contrat à la grosse consentie verbalement est régie par les principes généraux du droit commercial. Il est évident cependant qu'un prêt à la grosse consenti verbalement, n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, et, ne pouvant être opposé aux tiers, ne créerait aucun privilège à leur préjudice.

On est unanimement d'avis qu'il pourrait être suppléé à l'absence d'une preuve écrite par l'aveu des parties ou par le refus que ferait l'une d'elles de prêter le serment ou qui lui aurait été déféré par l'autre.

Ce qui nous amène à décider que la preuve non écrite établie par témoins, par l'aveu de la partie ou par le serment décisoire, ne peut réfléchir sur le tiers et ne peut créer de privilège, c'est que celui qui n'a pas fait enregistrer le contrat dans le temps fixé perd son privilège.

Le contrat à la grosse doit, en effet, s'il est fait en France, être enregistré au greffe du tribunal de commerce dans les dix jours de sa date, et, s'il est fait à l'étranger, être autorisé par le consul français, ou à défaut par le magistrat du lieu, sous peine pour le prêteur de perdre son privilège (C. de com., art. 312, 234). Ces mesures fondées sur l'intérêt des tiers sont nécessaires pour qu'il ne se puisse commettre aucune fraude à leur préjudice ou à leur insu. Mais entre le prêteur et l'emprunteur, la formalité de l'enregistrement n'a aucune importance, elle n'est pas nécessaire à la validité du contrat qui conserve entre eux toute sa force.

Quelques auteurs enseignent que l'enregistrement tardif, à quelque époque qu'il fût fait, conserverait le privilège à l'égard des tiers qui ne seraient devenus créanciers de l'emprunteur que postérieurement à cet enregistrement. Nous ne saurions admettre cette distinction que repoussent énergiquement les termes de l'article 312. La déchéance du privilège est la sanction de la prescription d'enregistrer dans les dix jours.

La Cour de cassation a décidé (20 février 1844) que l'enregistrement pouvait être fait indifféremment au greffe du tribunal du domicile du prêteur, ou à celui de l'emprunteur, ou à celui du lieu où le contrat est passé. La loi ne détermine rien, en effet, à ce sujet, et dans le silence de la loi, on ne peut rien ajouter à ses dispositions, surtout quand il s'agit d'établir des déchéances.

L'ordonnance de la marine, art. 25, tit. des Consuls, décide qu'en pays étranger le contrat à la grosse serait valablement fait devant le chancelier du consulat de France en présence de deux témoins. Cette règle est juste et doit encore être suivie.

SECTION II. — *Formes externes.*

Le contrat à la grosse doit énoncer : 1^o Le capital prêté et la somme convenue pour le profit maritime ; 2^o Les objets sur lesquels le prêt est affecté ; 3^o Les noms du navire et du capitaine ; 4^o Ceux du prêteur et de l'emprunteur ; 5^o Si le prêt a lieu pour un voyage, pour quel voyage et pour quel temps ; 6^o L'époque du remboursement (Cod. com. 311).

Le contrat doit, en outre, énoncer les autres clauses dont les parties conviennent, et qui reçoivent leur exécution en tout ce qui n'est point contraire à l'essence du prêt à la grosse.

L'omission de quelqu'une des énonciations indiquées par l'article 311 n'entraînerait pas nécessairement la nullité du prêt à la grosse, si elle n'était pas substantielle, et s'il pouvait y être suppléé à l'aide des documents et des circonstances, car la loi ne prescrit pas ces énonciations à peine de nullité.

Nous allons présenter séparément quelques développements sur chacune des énonciations que nous avons indiquées.

§ I. — *Énonciation du capital prêté et de la somme convenue pour le profit maritime.*

On peut prêter à la grosse, nous l'avons dit, un capital soit en argent, soit en marchandises. Il est indispensable d'énoncer soit la somme prêtée, soit la *valeur* des marchandises livrées à l'emprunteur, parce que, dans ce dernier cas, l'emprunteur ne se rend pas débiteur des choses prêtées, mais bien de leur estimation. L'énonciation de la somme ou de la valeur des choses prêtées est substantielle, son omission serait une cause de nullité.

Il faut également énoncer la somme convenue pour le *profit maritime*. A défaut de cette énonciation la convention ne serait pas nulle, mais elle ne constituerait point un prêt à la grosse. Ce serait un prêt ordinaire avec donation conditionnelle du capital si le prêteur avait pris les risques à sa charge. Toutefois une pareille convention ne devrait pas se supposer facilement, et s'il était reconnu au contraire que c'est par oubli que le contrat ne parle point du profit maritime.

Nous avons dit plus haut pourquoi il nous semblait que le juge ne pouvait suppléer le défaut d'énonciation des prix. Cependant Boulay-Paty, Pardessus et Dageville pensent que dans ce cas on doit régler le profit maritime sur le cours de la place au moment du contrat.

Ce profit est pour l'ordinaire, en temps de paix, de 3 à 10 et 12 0/0 pour le cabotage, de 15 à 20 et 25 0/0 pour les voyages de longs cours aux Iles et au Canada, et pour la côte de Guinée de 25 à 36 0/0. En général, le profit maritime consiste en une somme d'argent, mais il

pourrait très bien consister en autre chose, en un bénéfice légitime quelconque.

§ 2. — *Désignation des choses affectées.*

La désignation des choses affectées est importante, soit pour faire connaître les choses sur lesquelles reposent les droits du prêteur, soit pour constater leur identité, soit pour faire apprécier si elles ne sont pas d'une valeur inférieure à la somme prêtée, auquel cas le contrat serait nul en tout ou en partie (316-317). Cependant cette désignation, quelque importante qu'elle soit, n'est pas indispensable; elle est même quelquefois impossible; notamment lorsque le prêt est affecté sur des marchandises qui ne sont pas encore achetées au moment du contrat.

Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de déterminer dans le contrat la valeur des objets affectés, il est toujours fort utile de le faire. Si, en effet, cette évaluation n'a pas été faite, l'emprunteur, qui veut faire supporter au prêteur la perte survenue, doit prouver qu'au moment de l'accident les objets exposés aux risques étaient d'une valeur équivalente à la somme empruntée (Cod. com. 329), tandis que si les objets ont été estimés, cette estimation dispense l'emprunteur de toute preuve; l'estimation indiquée dans le contrat est réputée exacte, jusqu'à preuve contraire.

§ 3. — *Désignation du navire et du capitaine.*

Le navire est souvent affecté au prêt; en pareil cas, la nécessité de le désigner rentre dans celle de désigner

la chose sur laquelle on emprunte ; c'est l'objet du paragraphe précédent. Il s'agit ici, au contraire, du cas où le prêt porte sur le chargement ; en ce cas, la désignation du navire est encore prescrite indépendamment de celle des marchandises, et c'est pour cette situation spéciale que l'article 311 exige, pour prévenir toute fraude, le nom du navire et du capitaine.

L'art. 332 Com. contient une disposition analogue pour l'assurance ; complétant le texte de l'ordonnance de 1681, il exige outre le nom, la désignation du navire, et rend obligatoire un usage déjà généralement suivi. Le législateur n'a pas procédé de même pour le prêt à la grosse ; « l'art. 311 n'exige que : *le nom du navire et du capitaine.* » Locré (sur l'art. 311) en conclut que la désignation du navire dans ce contrat est inutile. Je ne crois pas que l'on puisse partager cet avis ; les motifs qui rendent la désignation nécessaire dans le contrat d'assurance, l'exigent encore dans le prêt à la grosse. Dans l'un et l'autre cas, cette désignation peut être utile, par exemple, lorsqu'il existe plusieurs navires portant le même nom, pour lever toute équivoque sur les marchandises auxquelles s'applique le contrat, et pour mettre le prêteur à même de bien apprécier l'étendue des risques qu'il va courir ; elle doit donc porter même sur les décisions accidentelles, et faire connaître si le navire est vide ou chargé, armé ou non armé, seul ou accompagné. On comprend, du reste, que s'il y avait inexactitude dans la désignation du navire, sans que cela entraînaît erreur de la part des parties sur son identité, cette circonstance n'aurait aucune conséquence. Il est évident que si le bâtiment dont le nom a été changé à l'insu des contractants avait été indiqué dans l'acte de prêt sous son nom ancien, cette erreur

serait insignifiante, dès que l'identité du prêt ne serait pas contestée.

Cette formalité n'ayant rien de substantiel, l'omission du nom et de la désignation du navire est couverte par la signature du prêteur; elle suffit par faire présumer qu'il a voulu laisser le choix du navire à l'emprunteur. Il est inutile de faire remarquer que cette précision ne s'applique point au cas où le navire est l'objet du risque, puisqu'on ne saurait plus alors sur quoi porte le contrat.

L'indication du nom du capitaine, exigé par la loi, est aussi, simplement utile, et non pas essentielle. Si elle est omise dans le contrat, il en faut conclure que le prêteur a laissé à l'emprunteur la liberté de choisir le capitaine et de le changer. Si, au contraire, le capitaine est désigné dans l'acte, et que cette désignation paraisse avoir été pour le prêteur un motif de confiance, il ne doit pas être loisible au preneur de changer le capitaine sans nécessité.

§ 4. — Désignation du prêteur et de l'emprunteur.

Le contrat à la grosse doit, comme tous les contrats, indiquer les noms des parties, sans cela il ne créerait pour personne ni droit ni obligation. Le nom de l'emprunteur est indispensable, mais celui du prêteur ne l'est pas toujours; son omission n'entraînerait pas nécessairement la nullité de l'obligation de l'emprunteur; si l'acte de grosse contenait l'engagement de rembourser au *porteur* telle somme prêtée sur tels objets, cet acte serait valable au profit du porteur qui serait censé avoir fait le prêt soit directement, soit par mandataire. Nous pensons qu'alors même que l'acte présenterait la double omission de la

clause *au porteur* et du nom du prêteur, cette omission pourrait être couverte par l'aveu de l'emprunteur.

L'acte irrégulier constituerait du moins un commencement de preuve par écrit qui pourrait être complété par la preuve testimoniale. Les mêmes moyens répareraient à l'égard des tiers cette irrégularité, pourvu que l'acte eût été enregistré conformément à l'art. 312.

§ 5. — *Désignation du voyage et du terme.*

Le prêt à la grosse met ordinairement à la charge du prêteur les risques de voyage d'aller et de retour. Nous avons déjà indiqué les règles différentes que peuvent établir les conventions des parties. L'art. 311 consacre ce droit des parties en demandant que le contrat porte si le prêt a lieu pour un voyage, pour quel voyage, et pour quel temps il a lieu. Il importe en effet d'exprimer si le prêteur s'est soumis aux risques de tel voyage ou de tel autre; s'il y est soumis pour le voyage d'aller ou pour celui de retour, ou pour l'un des deux seulement; si la responsabilité qu'il a assumée doit cesser avant l'achèvement du voyage entrepris par l'expiration d'un délai déterminé. Au surplus, la notoriété publique de l'affrètement du navire pour *tel* lieu, suppléerait le défaut d'énonciation du voyage.

Ordinairement les contrats à la grosse se font pour l'aller et retour. Dans le cas où le prêteur allèguerait ne s'être soumis aux risques que pour le voyage d'aller, la valeur de cette allégation serait appréciée d'après les règles établies par le droit commun pour l'interprétation des conventions. On prendra, par exemple, en considération, les usages du lieu, et le profit maritime convenu.

§ 6. — *Désignation de l'époque du remboursement.*

Si le contrat ne contenait aucune clause pour fixer l'époque du remboursement, elle serait la même que celle de l'expiration des risques. Lors donc qu'on veut qu'il en soit autrement, il faut une désignation spéciale de l'époque du remboursement.

CHAPITRE X.

Par quelles personnes et sous quelles conditions peut être souscrit un contrat à la grosse.

L'emprunt à la grosse comporte l'aliénation éventuelle des objets qui y sont affectés; le droit d'emprunter à la grosse ne peut donc appartenir qu'au propriétaire des objets affectés au prêt, puisqu'il a seul le droit d'en disposer.

Toute personne ayant intérêt sur le corps ou les facultés d'un navire peut emprunter à la grosse. Lorsque la propriété est indivise entre plusieurs, la majorité fait loi. Cette majorité se détermine conformément à l'art. 220, Cod. com., c'est-à-dire par une portion d'intérêt sur le navire excédant la moitié de sa valeur.

Si le propriétaire est en faillite, le droit d'emprunter à la grosse appartient aux syndics, sous l'autorisation du juge commissaire.

La règle qu'en fait de meubles possession vaut titre, ne s'applique point aux navires; ainsi, celui qui n'est point propriétaire, mais simplement locataire d'un navire, ne

peut l'affecter au prêt à la grosse ; un tel contrat ne conférerait point de droits au prêteur qui aurait eu l'imprudence de ne pas se faire représenter le titre de l'emprunteur. Le simple possesseur de marchandises peut au contraire les affecter valablement au contrat à la grosse, en ce sens que le prêteur de bonne foi acquiert sur ces marchandises un droit opposable à tous.

L'intérêt de la navigation a fait apporter en faveur du capitaine une exception à cette règle, que le propriétaire seul du navire peut l'affecter à un prêt à la grosse. Le capitaine peut emprunter en cas de nécessité, mais avec des formalités qui sont autant de précautions pour que ses commettants ne soient point victimes de son ignorance ou de sa fraude.

« Si pendant le cours du voyage, porte l'art. 234, Cod. » (Ordonn. 1681, liv. 2, tit. 4, art. 19), il y a nécessité de radoub ou d'achat de victuailles, le capitaine, » après l'avoir constaté par un procès-verbal signé des » principaux de l'équipage, pourra, en se faisant autoriser » en France par le Tribunal de commerce, ou, à défaut, » par le magistrat des lieux, emprunter sur corps et » quille du navire, mettre en gage ou vendre des marchandises jusqu'à la concurrence de la somme que les » besoins constatés exigent. »

Les besoins de la navigation motivent seuls et limitent cette exception. L'emprunt à la grosse qu'un capitaine ferait pour toute autre cause, par exemple pour compléter le chargement ou ne pas retourner à vide, quel que soit l'avantage d'une telle opération, n'obligerait pas l'armateur, et le prêteur n'aurait qu'une action personnelle contre le capitaine (art. 236). La cour de Rouen a décidé avec raison (4 janvier 1844) que l'emprunt fait pour empêcher la saisie du navire et l'interruption du voyage,

serait tout aussi valable que celui qui aurait pour objet la réparation d'avaries ou l'achat de victuailles.

L'art. 321 du même Code ajoute : « Un emprunt à la » grosse fait par le capitaine dans le lieu de la demeure » des propriétaires, sans leur autorisation authentique ou » leur intervention dans l'acte, ne donne action et privi- » lége que sur la portion que le capitaine peut avoir au » navire et au fret. » Si les propriétaires sont en faillite, le capitaine ne peut emprunter sans l'autorisation du syndic ou du juge commissaire.

La disposition de l'art. 321 serait également applicable dans le cas où l'emprunt serait fait par le capitaine dans le lieu de la demeure non des propriétaires du navire, mais des fondés de pouvoir, pourvu que la présence de ceux-ci fût connue du capitaine, et que leur mandat les autorisât à intervenir dans un contrat à la grosse.

Quoique l'art. 321 exige que l'autorisation d'emprunter à la grosse soit *authentique*, Delvincourt pense qu'un acte sous seing-privé suffirait, sauf aux intéressés à prouver la vérité de la signature en cas qu'elle fût contestée. La loi, en employant cette expression, a voulu seulement, pense Delvincourt, obliger le capitaine à rapporter une autorisation *expresse, formelle*. Nous croyons plus conforme au texte et à la pensée de la loi l'opinion de Dageville, qui exige un acte authentique comme nécessaire pour prévenir toutes fraudes envers les tiers. Il est suffisamment suppléé à l'autorisation des propriétaires par leur intervention dans l'acte. La proposition faite par le Tribunal du Havre d'exiger l'une et l'autre formalité, a été justement repoussée par le Conseil d'Etat.

La Cour de cassation a décidé (17 février 1824 — Dupont) qu'en cas de faillite du propriétaire, le capitaine

doit se faire autoriser à emprunter à la grosse par le syndic et le juge commissaire.

Si les propriétaires ne sont pas obligés de prendre à leur compte la chance d'un prêt à la grosse contracté par le capitaine, en contravention à l'art. 321, ils doivent du moins, si la somme prêtée a été employée à faire des dépenses nécessaires pour le navire, rembourser cette somme au capitaine qui gardera alors le prêt à la grosse pour son compte. Cette décision n'est qu'une application du principe : « *Nemo debet locupletari, cum alterius detrimento.* »

Aux termes de l'art. 233, par exception à l'art. 321, si le bâtiment était frété du consentement des propriétaires, et que quelques-uns d'entre eux fissent refus de contribuer aux frais de l'expédition, le capitaine pourrait en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite à ceux qui ne veulent pas fournir leur contingent, emprunter à la grosse pour leur compte sur les portions d'intérêt sur le navire avec autorisation du juge.

L'art. 322 du même Code porte : « Sont affectées aux »
» sommes empruntées, même dans le lieu de la demeure
» des intéressés, pour radoub et victuailles, les parts et
» portions des propriétaires qui n'auraient pas fourni leur
» contingent pour mettre le bâtiment en état, dans les
» vingt-quatre heures de la sommation qui leur en sera
» faite. » Il est à remarquer que cet article ne parle pas,
comme le précédent, de l'autorisation du juge; on ne devrait pas cependant en conclure que le capitaine pût s'en passer. On s'appuierait en vain sur ce que l'art. 233 s'applique au cas du refus, et l'art. 322 à celui de la négligence; le débiteur mis en retard par une sommation, refuse lui aussi, ainsi que le fait fort bien observer Locré. Il n'y a donc aucune distinction à faire, et les deux arti-

cles s'expliquent l'un par l'autre. La loi, au reste, n'interdit nullement aux propriétaires le droit de critiquer l'action, l'opération; mais ils n'en sont pas moins tenus envers le prêteur, tout en conservant leur action contre le capitaine s'il y a lieu. Les armateurs ne pourront, en aucun cas, alléguer que le capitaine avait reçu une défense expresse d'emprunter, que l'emprunt n'était pas nécessaire, que le capitaine a supposé des besoins. Si les prêteurs justifient que toutes les règles tracées par la loi ont été suivies, leur demande ne peut être repoussée, sauf le cas où ils auraient participé au dol.

Mais l'emprunt à la grosse est-il obligatoire pour le propriétaire ou armateur du navire, dans le cas même où le capitaine n'a pas rempli les formalités exigées? — Les anciens docteurs, suivant en cela les principes du droit romain, pensaient que le prêteur était tenu de prouver la nécessité du prêt. Sous l'empire de l'ordonnance de 1681, d'autres principes prévalurent. Valin et Émerigon, d'accord avec la jurisprudence, soutinrent que l'engagement du capitaine suffisait pour que l'on fût en droit d'exiger du propriétaire le montant du prêt à la grosse et le profit stipulé. Si l'on compare l'article 234 à l'article qui lui correspond dans l'ordonnance de 1681, on aperçoit bien des différences de rédaction, assez caractérisées pour prêter un nouvel et plus puissant appui à l'opinion qui refuse au capitaine le pouvoir d'emprunter sans contrôle; mais la question, il faut en convenir, n'a pas été résolue d'une manière nette et explicite. Aussi, tandis que les auteurs soutiennent unanimement que le contrat à la grosse n'oblige l'armateur, qu'autant que les formalités prescrites par l'article 234 ont été remplies, les cours se divisent sur ce point. Les cours d'Amiens (30 août 1836) et de

Rouen (20 novembre 1818) se rangent à l'opinion enseignée par les auteurs; la Cour de cassation embrasse l'avis contraire (28 novembre 1821, — 5 janvier 1844, — 9 juillet 1845).

Nous ne saurions adopter l'opinion suivie par la Cour de cassation. Elle se fonde sur ce que les formalités prescrites par l'article 234, ont *uniquement pour objet* de mettre le capitaine à l'abri de toute demande récursoire de la part du propriétaire, et qu'elles ne concernent pas le prêteur qui a traité de bonne foi avec le capitaine. Avouons cependant que si les dispositions de l'article 234 n'ont pas d'autre but, elles sont à peu près inutiles; car, si le capitaine justifie, par quelque moyen que ce soit, qu'il y avait nécessité et qu'il a fidèlement rempli son devoir de mandataire, il sera à l'abri des poursuites; les principes généraux suffisaient pour faire décider ainsi, il fallait simplement s'y référer. D'un autre côté, le capitaine eût-il rempli toutes les formalités, si l'armateur prouve qu'il a malversé, elles ne le mettront pas à couvert. Il est donc permis de croire qu'en indiquant une marche particulière et assez compliquée, en exigeant l'autorisation de la justice, le législateur a voulu donner aux intérêts du propriétaire une garantie, mettre le prêteur à l'abri de toute chicane, et compléter la capacité du capitaine, laquelle n'est pas entière, puisque dans le lieu de la demeure des propriétaires, il ne peut emprunter sans un pouvoir spécial; n'est-il pas conséquent d'admettre que, loin d'eux, il est obligé de demander l'autorisation de la justice pour en tenir lieu?

On tire un nouvel argument des termes de l'article 236; mais cet argument paraît peu concluant. Il ne découle pas, en effet, de ce que le capitaine qui a emprunté sans né-

cessité est personnellement responsable, que le prêteur puisse impunément violer les dispositions de l'article 234.

En remplissant les conditions imposées par le Code, le prêteur évite qu'on élève contre lui les questions souvent débattues de savoir si, lors du prêt, les besoins du navire étaient réels, s'il y a eu excès dans l'emploi, etc. C'est la source de ces procès que le Code a voulu tarir, mais sans sacrifier cependant les intérêts de l'armateur.

Quelques auteurs présentent une distinction qui mérite de fixer l'attention, mais dont les arrêts ne se sont pas préoccupés. Si l'emprunt est fait dans un port français, sans que les formalités prescrites aient été remplies, le prêteur est sans droit sur le navire et sans action contre l'armateur; il doit connaître la loi de son pays et savoir de quelles précautions elle entoure le contrat à la grosse consenti par un capitaine pour le compte de ses commettants. Si, au contraire, l'emprunt a été fait chez l'étranger, il n'est pas nécessaire, en ce qui concerne le prêteur, qu'il soit conforme aux prescriptions de la loi française; il suffit qu'il ait été fait d'après les formalités usitées dans le pays. Je ne crois pas qu'on puisse astreindre le prêteur étranger, comme le voudrait Pardessus, à connaître les lois françaises et à s'y conformer; la règle *locus regit actum* protège la négociation.

Cette question en amène une autre analogue, et que l'on doit résoudre d'après les mêmes principes. Nous avons déjà dit que la loi française prohibe l'emprunt à la grosse sur le fret à faire (art. 318); l'article 330 soumet le prêteur à contribuer aux avaries communes. Ces dispositions et d'autres semblables peuvent ne pas exister dans quelques législations étrangères. Si l'emprunt a été passé à l'étranger, le prêteur peut-il invoquer en France le bénéfice de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été fait,

quoiqu'elle soit contraire à la loi française. Nous répondrons affirmativement. Ce n'est pas la loi du lieu où se fait le règlement qui doit être appliquée, mais celle du lieu où l'acte a été passé. Le tribunal de commerce du Havre a eu à se prononcer sur cette question (15 mai 1853) et il l'a résolue en ce sens, en faisant très judicieusement observer que s'il était loisible pour nos navigateurs, à leur arrivée en France, de se soustraire, même partiellement, aux engagements contractés à l'étranger, pour fonds empruntés, sous prétexte que les conditions du contrat fait à l'étranger sont en désaccord avec telle ou telle disposition de notre Code, il en résulterait nécessairement pour notre commerce les conditions les plus préjudiciables dans ses rapports avec les nations étrangères.

La cour de Rouen a décidé (30 nov. 1831) que l'article 234 n'exige pas que la nécessité de l'emprunt soit constituée comme celle du radoub ou de l'achat des victuailles, par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage ; l'armateur ne pourrait donc le demander.

Lorsque le capitaine d'un navire assuré est en possession, durant le voyage, de fonds appartenant à l'armement, dont il peut disposer sans nuire à l'armateur, il doit les employer aux réparations dont le navire a besoin, plutôt que de contracter un emprunt à la grosse qui grèverait les assureurs d'une prime plus ou moins considérable ; mais il peut, au contraire, recourir à un emprunt de ce genre, quand les fonds qu'il a entre les mains ont une destination spéciale dont il ne pourrait détourner sans nuire gravement aux intérêts de l'armateur. Il en est ainsi, alors même que ces fonds proviennent d'une partie du fret touchée avant l'arrivée du navire au terme du voyage. (Paris, 20 mars 1841. Wiolett. C. Assureurs.)

Le capitaine peut aussi emprunter à la grosse sur les *marchandises* qui composent le chargement, à l'effet de se procurer les fonds nécessaires pour faire radouber son navire ou pour acheter des victuailles. (Rouen, 29 décembre 1831. Heurtault. — Rennes, 18 décembre 1832. Illiac. C. Lebras). De ce que l'art. 234 n'autorise explicitement le capitaine à emprunter que sur le corps et quille du vaisseau, il n'en faut pas conclure que celui-ci ne peut emprunter sur les marchandises, car le même article l'autorise à les mettre en gage et à les vendre. Le capitaine a le droit d'emprunter à la grosse, même après la déclaration d'innavigabilité et la vente du navire, à l'effet d'acquitter les frais nécessités par le sinistre et de pourvoir à la conservation et au transport des marchandises (Rouen, 29 décembre 1831. Heurtault).

Le capitaine qui contracte un emprunt à la grosse expressément au nom de l'armateur, et nullement au sien propre, ne s'oblige point personnellement, il n'oblige que son mandant.

Lorsque, en cours de voyage, le capitaine, qui, en empruntant à la grosse pour les besoins du navire et du chargement, a déclaré engager sa personne et ses biens à l'exécution du contrat, vient à être remplacé par un autre capitaine, et lorsque celui-ci a déclaré à son tour sur la demande du prêteur, s'engager solidairement à remplir les conditions du prêt, ce second capitaine n'est pas fondé à prétendre, plus tard, qu'il ne s'est engagé qu'en nom qualifié et non en nom personnel. (Rennes, 25 juil. 1831. Delcastelle.)

Le capitaine, dans tous les cas, reste obligé envers les armateurs à rendre compte de ses faits ; il est entendu qu'à son égard, l'accomplissement des formalités ordon-

nées par le Code ne le met pas à l'abri ; elles ont seulement pour effet d'établir une présomption en sa faveur ; c'est à l'armateur à les détruire. Si les formalités n'ont pas été remplies, c'est au capitaine, au contraire, à justifier sa conduite ; les présomptions sont contre lui.

Le pouvoir du capitaine ne naît pas seulement pendant le cours du voyage ; quand même le voyage ne serait pas encore commencé, si les propriétaires ne résident pas sur les lieux, le capitaine a la faculté d'emprunter. Le capitaine qui a rempli les formalités exigées par l'art. 234 Com., et qui d'ailleurs n'est pas engagé personnellement, n'est tenu d'aucune obligation envers le prêteur, qui n'a d'action que contre le propriétaire du navire. (Rouen, 23 mai 1818. — Bruxelles, 26 avril 1819).

CHAPITRE XI.

Formes de la négociation du contrat à la grosse. — Effets de la négociation.

Le contrat à la grosse peut être fait à *ordre*. L'ordonnance de 1681 ne contenait aucune disposition qui permit aux parties de rédiger à ordre les contrats à la grosse. L'usage, suppléant à la loi, avait fait seul admettre cette forme. L'intérêt du commerce exigeait que cet usage fût sanctionné ; de là l'art. 313 qui est ainsi conçu : « Tout » acte de prêt à la grosse peut être négocié par la voie de » l'endossement, s'il est à ordre. En ce cas, la négocia- » tion de cet acte a le même effet et produit les mêmes » actions en garantie que celle des autres actes de com- » merce. »

Ainsi, on ne peut opposer au tiers porteur de bonne

foi, les exceptions dont le prêteur serait passible (Cass., 27 février 1810).

Par application de ce principe, il a été jugé que le porteur d'un contrat à la grosse, qui n'a pour titre qu'un endossement en blanc, est présumé simple mandataire du prêteur, surtout lorsqu'il ne paraît pas qu'il ait compté la valeur du contrat. En conséquence, il ne peut invoquer le privilège du tiers porteur, et devient passible des exceptions que le débiteur pourrait avoir à opposer au prêteur originaire (Bordeaux, 5 février 1839).

La cour de Rennes demandait que tout acte de prêt à la grosse fût négociable de plein droit, s'il n'y avait convention contraire. Mais il a paru plus convenable de ne permettre de le négocier que quand il serait à ordre. L'acte de grosse qui n'est pas à ordre ou au porteur, n'est qu'une créance ordinaire dont le transport est réglé quant à ses formes et ses effets, par les dispositions des art. 1690 et suiv. Le cessionnaire serait alors exposé aux compensations et exceptions qui pourraient être opposées au cédant. Le contrat à la grosse peut également être fait *au porteur*. Dans ce cas, il est soumis aux mêmes règles que les autres valeurs de cette espèce; il est négocié de la même manière, produit les mêmes droits, et donne lieu à la même garantie.

Un contrat à la grosse est négociable, lors même qu'il n'y est pas expressément dit qu'il est à ordre. Cette expression n'est pas sacramentelle; elle peut être remplacée par des équipollents, tels, par exemple, que ces mots : payable à un tel, ou au porteur légitime (Cass., 27 février 1810).

Le cessionnaire d'un billet de grosse à ordre, en devient le véritable propriétaire, et dès lors le profit mari-

time lui appartient. Par la même raison, il est passible des risques maritimes qui, avant la cession, étaient à la charge du donneur, de sorte qu'en cas de perte, par fortune de mer, des objets affectés au prêt, ce cessionnaire n'a rien à réclamer, soit contre son cédant, soit contre le preneur.

L'acte de grosse à ordre qui a été négocié, doit être protesté faute de paiement, de même que tous les autres effets de commerce, et dans les mêmes délais, à peine par le porteur d'encourir les mêmes déchéances (art. 102-108). Si donc le billet est payable à jour préfixe à tant de mois ou de jours, le porteur doit exiger le paiement au jour indiqué ou faire protester le lendemain. Toutefois cette règle, en ce qui concerne le délai du protêt, peut être modifiée suivant les circonstances et la nature des choses. Si l'époque du remboursement est *indéterminée*, comme cela a lieu, par exemple, sauf clause contraire, lorsque les risques ne doivent durer que jusqu'à l'arrivée du navire, jusqu'à telle *hauteur* en mer, le porteur, ne pouvant connaître cette arrivée au moment où elle a lieu, ne doit exiger le paiement ou protester qu'aussitôt qu'il en est instruit. C'est, du reste, aux tribunaux qu'il appartiendra, en pareil cas, d'apprécier, suivant les circonstances, les exceptions de déchéances qui seraient invoquées contre le porteur. Le tribunal de commerce de Marseille (19 avril 1820, Jumelin C. Bonnet) a jugé, d'après ces règles, que dans le cas où l'exigibilité du billet de grosse provient du changement de route, le prêteur est tenu, à peine de perdre son recours contre les endosseurs, de faire protester le lendemain du jour où il a connu le déroutement, et où il l'a transmis à ces derniers.

La garantie de paiement du billet de grosse à ordre qui

a été négocié ne s'étend pas au profit maritime, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé (art. 314); c'est-à-dire que s'il y a heureuse arrivée, et que par l'effet de circonstances particulières, celui au profit duquel l'acte de prêt a été endossé, ne puisse se faire rembourser ni le capital, ni le profit, il aura recours contre son endosseur, mais seulement pour le capital, à moins de stipulation contraire. La cour de Rennes demandait au contraire que le profit maritime suivit comme accessoire le sort du principal, et fût compris dans la garantie dérivant de l'endossement. Mais ce système fut repoussé. « La garantie, disait M. Corvetto, dans l'exposé des motifs, doit avoir pour limite la somme qu'on reçoit. Le prêteur à la grosse a endossé son billet, c'est-à-dire il en a fait le transport pour une somme égale à celle qu'il a donnée lui-même, et qui se trouve exprimée par le texte du billet. Il est juste, il est dans l'ordre et dans la nature des choses qu'il cautionne; mais pourquoi cautionnerait-il pour une somme plus forte? quel dédommagement recevrait-il pour ce surcroît de garantie? Garant pour la somme qu'il reçoit, il le serait encore, sans motif, de 25 à 30 % de profit maritime qu'il ne reçoit pas. L'équité et la justice semblent repousser cette idée. Mais en adoptant cette opinion, le législateur a jugé convenable de laisser aux parties la liberté d'une convention contraire; car il est bien à croire que l'endosseur, en courant un risque plus étendu, ne manquerait pas de stipuler en sa faveur une indemnité proportionnelle à l'extension conventionnelle de la garantie » (Motifs et Rapports, art. 16).

CHAPITRE XII.

De l'emprunteur.

§ 1. — *Obligations de l'emprunteur.*

Les obligations de l'emprunteur varient avec les situations. Lors de la formation du contrat, il est tenu de faire connaître la consistance matérielle des objets affectés au prêt. Il doit déclarer, en outre, les circonstances particulières de nature à influencer sur les risques dont se charge le prêteur. Emerigon nous dit qu'il ne serait pas nécessaire que le prêteur expliquât que sa pacotille consiste en choses sujettes au coulage, attendu que le prêteur ne répond pas des avaries simples. Il en était ainsi sous l'ordonnance, et c'était mauvais; aussi Valin nous dit-il sur l'art. 16 que les parties usaient fréquemment de la faculté de modifier cette règle. De nos jours, le Code de commerce a changé ce principe; nous ne pouvons donc admettre aujourd'hui la doctrine d'Emerigon. Du reste, il va de soi que si la réticence ou la fausse déclaration n'ont pas diminué l'opinion des risques que doit supporter le prêteur, il ne pourrait se plaindre.

Dans le cas d'heureuse arrivée, l'emprunteur doit rembourser au prêteur le capital et le profit maritime fixé à l'époque et de la manière convenue, c'est-à-dire aussitôt que l'événement donné comme condition de l'engagement sera arrivé, ou bien lorsque par son fait l'emprunteur aura rendu l'événement impossible, ou changé les risques que le prêteur avait consenti à courir.

La Cour de cassation (31 mai 1843, Jennequin) a jugé

que la rupture volontaire du voyage par l'armateur dans un port intermédiaire, rend exigibles les sommes par lui empruntées à la grosse, sans qu'il puisse réclamer pour le paiement un délai égal au temps que, sans cette rupture, aurait vraisemblablement exigé le transport du navire à sa destination primitive.

En principe, l'emprunteur est obligé de remplir ses engagements dès que la condition à laquelle ils étaient subordonnés vient à être réalisée, si toutefois il n'a été stipulé aucun délai dans le contrat. Mais dans l'usage on lui en accorde un, alors même que le paiement du capital prêté et du change maritime a été stipulé exigible aussitôt après l'arrivée du navire. Dans ce cas, dit Emerigon, il est permis au juge d'accorder par équité et suivant les circonstances, un certain délai qui, ne nuisant point au créancier, donne au débiteur moyen de remplir ses promesses, sauf le change de terre. » Cette décision est juste en principe et conforme aux dispositions de l'art. 1244, Civ. Il est cependant difficile de la justifier, quand le contrat à la grosse est négociable, en présence des termes formels de l'art. 157, Com., qui affirme que : « Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change. »

Le paiement doit être fait, sauf clause contraire, au lieu où se trouve le navire, quand le risque finit, encore que ce ne soit pas le terme du voyage. — Si il n'y a dans ce lieu aucun mandataire du prêteur, auquel le paiement puisse être légalement fait, l'emprunteur peut, à son choix, ou faire le dépôt judiciaire de la somme par lui due, ou la conserver provisoirement. Dans ce dernier cas, il ne devra aucun intérêt jusqu'à son arrivée, quand même il en aurait été stipulé en cas de retard ; mais l'argent est à

ses risques. Si, pour remplir ses engagements, il tire des lettres de change, elles seront à son compte, à moins qu'il ne les ait tirées par ordre du créancier, auquel cas il est juste qu'elles voyagent pour le compte de ce dernier. On devrait même regarder comme contraire à la nature du contrat à la grosse, toute clause qui, dans ce cas, mettrait aux risques du preneur la lettre de change tirée par ordre du prêteur.

Le paiement doit être fait en argent, sans que le preneur soit recevable, à moins de clause contraire, à offrir des marchandises. Si le contrat à la grosse a été passé en pays étranger, et doit être remboursé en France, il y a lieu d'évaluer en francs la monnaie énoncée au contrat. C'est ce qui résulte de l'art. 24 de l'arrêt du Conseil du 27 novembre 1779 relatif à la perception du droit de consulat établi sur le commerce du Levant, qui prescrit de tenir les comptes en monnaie de France, d'évaluer par conséquent la monnaie courante des Echelles en livres tournois (aujourd'hui en francs), et d'établir cette évaluation sur le cours du change qui a lieu dans chaque Échelle et qui doit être notifié par deux notables commerçants.

§ 2. — *Justifications auxquelles l'emprunteur est soumis.*

La perte justifiée et arrivée dans le temps et dans le lieu du risque ne suffit pas pour dégager l'emprunteur de son obligation, lorsque le prêt a été fait sur le chargement.

« Celui qui emprunte à la grosse sur des marchandises, »
» porte l'art. 329, Com. (Ord. 1681, art. 14), n'est point »
» libéré par la perte du navire et du chargement, s'il ne »
» justifie pas qu'il y avait, pour son compte, des effets »
» jusqu'à concurrence de la somme empruntée. » —
C'est, en effet, à l'emprunteur qui demande à être relevé

de son obligation de faire cette justification. — Cette disposition prouve que le législateur n'a pas cru que le contrat dût nécessairement désigner d'une manière précise et détaillée les objets sur lesquels porte l'emprunt ; mais si l'emprunt avait été fait sur des effets désignés, ce sont ceux-là et non d'autres dont il faudrait prouver l'existence à bord.

La disposition de l'art. 329 est le complément des art. 314 et 317. Il était naturel que l'emprunteur, qui doit, à peine de nullité totale ou partielle du contrat, charger sur le navire des marchandises au moins égales à la somme empruntée, fût astreint à fournir lui-même la preuve de l'accomplissement de cette condition.

L'emprunteur serait libéré, s'il justifiait de la présence sur le navire de la somme prêtée à la grosse, destinée à faire des acquisitions en route.

Si l'emprunteur ne prouve un chargement que de la valeur de moitié, d'un tiers de la somme prêtée, la responsabilité du prêteur sera bornée à cette valeur, à supposer toutefois que ce soit sans fraude de sa part que le chargement se trouve inférieur au montant du prêt, car, autrement, le contrat pourrait être annulé à la demande du prêteur (art. 316). La preuve du chargement doit être la même, en ce sens que, en matière d'assurances, elle est faite par le connaissement, ou, à défaut, par toute autre justification, telle que les attestations de l'équipage, les livres, la correspondance, les expéditions de douane, ou toute autre pièce dont, au reste, la valeur probante pourrait toujours être discutée.

Quant à l'évaluation des marchandises dont le chargement est constaté, elle est d'ordinaire fixée par le contrat ; dans le cas contraire, elle peut être justifiée par les factures ou par les livres. A défaut, l'estimation en est

faite suivant le prix courant, au temps et au lieu du chargement, y compris tous les droits payés et les frais faits jusqu'au bord (art. 339).

§ 3. — *Exceptions en cas de pertes ou d'avaries.*

Le contrat à la grosse est essentiellement conditionnel. L'emprunteur ne contracte l'obligation de restituer le capital et de payer le profit maritime, que sous la condition qu'il ne surviendra pas quelque accident de force majeure qui cause la perte des effets sur lesquels le prêt est fait. Il faut considérer séparément la perte totale ou partielle et les avaries.

A. *De la perte totale ou partielle.* — « Si les effets sur lesquels le prêt à la grosse a eu lieu sont entièrement perdus et que la perte soit arrivée par cas fortuit, dans les temps et les lieux des risques, la somme prêtée ne peut être réclamée (Cod. art. 325, Ordon. art. 11). » Quoique l'art. 325 ne parle point du profit maritime, il est reçu que la perte totale dispenserait aussi l'emprunteur de le payer, puisqu'il n'est dû qu'en cas d'heureuse arrivée.

Le sinistre majeur, quelles qu'en soient les suites, décharge le preneur : « En cas de naufrage, porte l'art. 327. (Ord. 12), le paiement des sommes empruntées à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage. » L'ordonnance employait la même expression, elle ne parlait que du *naufrage*, il n'était pas douteux cependant que ce mot ne fût employé sous forme d'exemple ; il n'avait rien de restrictif. Aujourd'hui, en rapprochant les dispositions de l'art. 327, de l'art. 325, qui parle de tous les cas fortuits, il faut tenir pour certain

que l'art. 327 est applicable, du moment que la fortune de mer est arrivée par une des fortunes de mer énumérées par l'art. 350.

Pour demeurer quitte de son engagement, le preneur n'est pas obligé de faire abandon, nous dit Emerigon. La formalité du délaissement devient inutile à cause de la nature du contrat; elle appartient à l'assurance, parce qu'elle donne ouverture au droit de recourir sur l'assureur, tandis que dans le prêt à la grosse, le droit de recourir, qui se serait ouvert pour le prêteur à l'heureuse arrivée, s'éteint, et de lui-même.

On doit assimiler à la perte totale des objets affectés à l'emprunt, les détériorations qu'ils ont subies par fortune de mer, quand ces détériorations réduisent leur valeur des trois quarts. Ainsi, pour le navire spécialement, si les réparations auxquelles il a donné lieu en cours de voyage, et par suite des fortunes de mer qu'il a éprouvées, ont absorbé plus des trois quarts de la valeur qu'il avait au moment du départ, le preneur est déchargé (Aix, 5 décembre 1827), car on doit faire entrer en ligne de compte, aussi bien que le dommage matériel, les dépenses qui sont la suite directe et immédiate des fortunes de mer. Ainsi, les frais de déchargement et de séjour, pour mettre le navire en état de continuer sa route, l'achat de nouvelles victuailles, lorsqu'un événement de mer a fait corrompre les anciennes, doivent entrer dans l'appréciation de déterminer s'il y a perte ou détérioration des trois quarts.

Tout accident ayant pour effet de rendre impossible l'arrivée des marchandises au lieu de destination, doit être considéré comme sinistre majeur. S'il y a innavigabilité, aucune difficulté ne peut s'élever pour l'application

de cette règle, pourvu que le capitaine justifie qu'il n'a pu trouver un autre navire pour charger les marchandises et les remettre à leur destination (art. 394). Mais, dans la situation que les Anglais appellent *rupture de voyage*, c'est-à-dire impossibilité de parvenir au lieu de destination, sans qu'il y ait innavigabilité, que décider? En Angleterre, dans le contrat d'assurance, ce cas est considéré comme avarie majeure donnant lieu au délaissement. La jurisprudence, en France, s'est prononcée dans le même sens (trib. de comm. Marseille, 20 octob. et 10 nov. 1829. Bordeaux, 1^{er} juill. 1839 et 9 nov. 1839. Cassation, 22 juin 1826 et 5 nov. 1839). Emerigon, qui combat cette doctrine en matière d'assurances, la soutient lorsqu'il s'agit d'un contrat à la grosse. Nous croyons, en effet, qu'elle doit être suivie, soit que le navire revienne sans avoir pu atteindre sa destination, soit que, les deniers étant donnés sur facultés, pour l'aller et le retour, le navire, par innavigabilité ou autre sinistre majeur, ne revienne pas, et qu'on ne trouve aucun autre vaisseau pour y charger les effets mis à terre.

« Les prêteurs à la grosse, dit l'art. 330 Cod. comm. » (Ord. art. 16), contribuent à les décharger des emprunteurs aux avaries communes. Les avaries simples sont aussi à la charge des prêteurs, s'il n'y a convention contraire. »

B. *Des avaries*. — La perte étant à la charge du prêteur, il était logique de le charger également des avaries. La loi distingue avec soin les avaries *communes* des avaries *simples*. Pour les premières elle dit d'une manière absolue qu'elles seront à la charge du prêteur, nulle stipulation ne peut l'en affranchir; la raison en est que ces avaries ayant été subies pour le salut commun et conséquemment pour celui des choses affectées au prêt, il serait tout-à-fait

injuste que le prêteur n'y contribuât point. Il était d'autant plus nécessaire d'interdire en matière de contrat à la grosse, la clause franc d'avaries communes, que, comme le remarquait la Cour de Cassation, les emprunteurs sont presque toujours réduits à recevoir les conditions que veulent imposer les prêteurs. Quant aux avaries simples, une convention expresse peut en décharger le prêteur ; à défaut de convention , il en répond , ce qui semble conforme à l'équité et à la nature des choses , puisque le donneur est en quelque sorte l'assureur des choses affectées au prêt. Cette disposition de l'art. 330 , qui met les avaries simples à la charge du prêteur sauf convention contraire , est l'inverse de celle de l'ordonnance qui les mettait à la charge des emprunteurs , à moins que les parties n'eussent formellement dérogé à cette règle. Plusieurs Cours et Tribunaux demandaient le maintien du système de l'ordonnance ; d'autres le combattaient, s'appuyant surtout sur ceci que déjà sous l'ordonnance il était d'usage que le prêteur assumât tous les risques par une cause expresse, et il le faisait d'autant plus volontiers qu'il s'en déchargeait lui-même sur les assureurs. La disposition du Code est plus juste que celle de l'ordonnance , elle est de plus d'accord avec l'usage du commerce et avec les convenances des parties.

S'il est interdit au prêteur de stipuler qu'il sera exempt de toute contribution aux avaries communes, peut-il du moins, comme peut le faire l'assureur, s'exonérer de la responsabilité de certains sinistres majeurs ? Nous ne le pensons pas, il serait tout-à-fait inique que lorsqu'un cas fortuit arrive dans le temps et les lieux des risques est venu faire perdre à l'emprunteur les objets affectés au prêt , cet emprunteur restât néanmoins obligé de payer le capital et le

profit maritime, sous prétexte d'une stipulation manifestement usuraire. « L'assurance, dit Emerigon à ce sujet, est une espèce de fidéjussion. Il est donc libre à l'assureur de ne se rendre garant que de certains cas fortuits; mais le donneur à la grosse ne saurait réclamer son capital accru d'un change nautique, que dans le cas d'heureuse navigation, jusqu'au lieu et jusqu'au temps déterminé. »

De ce que les avaries grosses sont à la charge du prêteur, il suit que si l'avarie est essuyée par l'objet affecté au prêt, le prêteur est tenu d'indemniser l'emprunteur de tous dommages; mais alors il est subrogé à ses droits dans la contribution.

La contribution qui frappe les objets soumis au prêt, et qui comme avarie grosse est à la charge du prêteur, ne doit pas s'imputer sur le capital donné à la grosse afin de diminuer le profit maritime; le prêteur supportant dans tous les cas les pertes résultant des avaries grosses, elles n'ont aucune influence sur les obligations de l'emprunteur, elles sont à son égard comme si elles n'existaient pas. Il ne faut pas, en effet, qu'il soit au pouvoir de l'emprunteur de faire perdre au prêteur une partie du profit maritime. Les auteurs, qui se sont occupés de cette question (Boulay-Paty, Pardessus) donnent l'exemple suivant de la perte qu'éprouverait le prêteur, si la contribution s'imputait, *ipso jure*, sur le capital: une somme de 20,000 fr. est prêtée à la grosse avec un profit maritime de 30 pour 100 sur des marchandises qui arrivent à leur destination après avoir éprouvé 5,000 fr. d'avaries. Si ces 5,000 fr. s'imputaient sur le capital, le prêteur ne recevrait que 15,000 fr., plus l'intérêt à 30 pour 100 de cette somme, c'est-à-dire, 4,500 fr.; total, 19,500 fr. Il faut dire, au contraire, que moyennant le paiement des

5,000 fr. d'avarie le prêteur doit recevoir son capital de 20,000 fr. , plus l'intérêt de ce capital à 30 pour 100 , c'est-à-dire 6,000 fr. , en tout 20,000 fr. au lieu de 49,500 fr. Il est juste, en effet, que le donneur, qui par le paiement de l'avarie en fait disparaître tous les effets, reçoive intacts , son capital et le profit maritime qui en est la suite. Il n'y a lieu d'imputer l'avarie sur le capital que lorsque sommé de payer le prêteur s'y refuse.

Si le prêt est affecté sur des objets d'une valeur plus grande que la somme prêtée , doit-il être réduit à la valeur totale des objets sauvés , ou seulement à la valeur de la partie des objets sauvés correspondante à la partie du prix ? Par exemple, un prêt de 20,000 fr. a été fait sur la totalité d'une cargaison de 30,000 fr. ; on sauve la moitié des marchandises, c'est-à-dire pour 15,000 fr. Le prêteur a-t-il droit à ces 15,000 fr. en entier, ou seulement à 10,000 fr. formant les deux tiers des objets sauvés , comme la somme prêtée formait les deux tiers de la valeur du chargement ?

Valin, se fondant sur l'analogie qui existe entre le contrat à la grosse et l'assurance, décide que le prêt doit être réduit dans la même proportion que les objets sauvés , de telle sorte que, dans l'exemple ci-dessus, le prêteur ne devrait toucher que 10,000 fr. Pothier combat cette opinion, et il donne, en faveur de la doctrine contraire, des arguments qui nous paraissent sans réplique. « Lorsque, dit-il (n° 49), on fait assurer une certaine somme sur un chargement d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée, *putà*, lorsque sur un chargement de 20,000 liv., on fait assurer une somme de 15,000 liv., on ne peut pas dire que le chargement soit assuré pour le total , cela impliquerait contradiction ; il ne l'est que pour les trois

quarts , et comme il est fait indéterminément , et non sur aucun, des effets du chargement, plutôt que sur d'autres, chacun des effets du chargement est assuré pour les trois quarts. Les effets de ce chargement n'étant donc assurés que pour les trois quarts, le délaissement n'en doit être fait que pour les trois quarts, l'assuré n'étant tenu de délaisser que ce qui est assuré. Mais lorsque sur un chargement de 20,000 liv., on prête à la grosse un chargement de 15,000 liv., qui n'en fait que les trois quarts, rien n'empêche que le prêt, quoique d'une somme de 15,000 liv. seulement, ne puisse être fait sur le total du chargement de 20,000 liv., c'est-à-dire à condition que l'emprunteur ne sera tenu de rendre la somme de 15,000 livres que dans le cas auquel il n'arriverait aucun accident de force majeure qui en causerait la perte, et que, dans le cas desdits accidents, le contrat ne subsisterait que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui resterait dudit chargement. »

Cette convention n'a rien qui implique contradiction, ni qui blesse la justice. L'ordonnance, à la vérité, ne permet pas de faire le prêt à la grosse sur des effets qui seraient de moindre valeur que la somme prêtée, mais elle ne défend pas, *vice versâ*, de le faire sur des effets qui soient de la plus grande valeur et de le faire sur le total desdits effets, quoique de plus grande valeur. Émerigon partageait sur ce point l'opinion de Pothier. De nos jours, Pardessus, Boulay-Paty et Vincens ont aussi adopté cette opinion.

Lorsqu'une partie seulement des marchandises a été affectée au prêt, la valeur des effets sauvés se répartit proportionnellement entre le prêteur et l'emprunteur.

§ 4. — *Délaissement.*

Le capitaine, en usant des pouvoirs de mandataire que lui donne la loi, peut compromettre gravement les intérêts des propriétaires. Pendant longtemps on a discuté jusqu'où devait s'étendre la responsabilité de ces derniers, et dans quels cas elle était engagée. La jurisprudence s'était enfin arrêtée à ce système ; les faits licites du capitaine, les engagements pris par lui dans l'intérêt de l'expédition, produisaient une obligation dont les armateurs étaient tenus absolument et sur tous leurs biens, comme le sont ordinairement les mandants à l'occasion des actes de leurs mandataires. La faculté de se libérer par l'abandon du navire et du prêt, donnée par l'ancien article 216, n'était accordée que pour le cas où l'obligation naissait de faits illicites. Mais la loi du 14 juin 1844, en modifiant les termes de l'article 216, a changé cet état de choses, et désormais il est certain que l'armateur peut, en abandonnant le navire et le prêt, s'affranchir de toutes les obligations dont il est tenu, non-seulement à raison des faits illicites du capitaine, mais encore à raison des engagements contractés pour les besoins du navire. Tous les monuments de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question, antérieurs à cette loi, sont devenus sans valeur.

« Toutefois, la faculté de faire abandon n'est point
» accordée à celui qui est en même temps capitaine et
» propriétaire ou co-propriétaire du navire. Lorsque le
» capitaine ne sera que co-propriétaire, il ne sera respon-
» sable des engagements contractés par lui, pour ce qui
» est relatif au navire et à l'expédition, que dans la pro-

» portion de son intérêt. » (Com. art. 216). — La loi nouvelle a laissé indécise la question de savoir si tout co-propriétaire de navire peut user de la faculté de faire abandon, quoique la majorité se prononce pour l'acquiescement intégral. Nous croyons cependant que l'article 220 doit être déclaré applicable ; la majorité en intérêts fera donc loi, et son consentement liera tous les co-propriétaires.

Les lois n'établissent point de forme pour l'exercice du droit de délaissement, elles ne fixent aucun délai ; on peut donc conclure, avec Émerigon, qu'on doit être reçu à faire abandon en tout état de cause. Il ne faudrait point cependant prendre ces expressions trop à la lettre. Ainsi, il est bien certain, et cela a été plusieurs fois décidé (Aix, 20 mars 1825, — 25 janvier 1832), que l'abandon du navire et du fret ne serait plus recevable, après la vente judiciaire de ce navire, poursuivie contre le propriétaire sans opposition de sa part.

CHAPITRE XIII.

Du Prêteur.

§ 1. — *Quand et comment le prêteur peut exiger son paiement.*

Dès que l'événement qui amène l'exigibilité du prêt est arrivé, le prêteur peut exiger son remboursement, si l'emprunteur n'a aucune exception à lui opposer. L'exigibilité est déterminée par la convention, ou occasionnée par le fait de l'emprunteur.

Nous avons déjà indiqué plus haut quel devait être le mode de paiement, quelles précautions pouvait prendre

le prêteur pour sauvegarder ses intérêts. Ajoutons seulement à ce que nous avons déjà dit sur le paiement, que si un terme a été fixé pour le remboursement, le prêteur pourra, avant l'échéance, prendre les mesures conservatoires nécessaires pour assurer son privilège sur les objets qui y sont soumis.

§ 2. — *Justifications auxquelles le prêteur est soumis.*

Le prêteur est tenu de prouver l'accomplissement de la condition qui donne ouverture à son droit. Cette nécessité constitue un des traits de la différence à signaler entre l'assurance et le prêt à la grosse. Le prêteur à la grosse ne contracte aucune obligation ; l'assureur est tenu d'indemniser l'assuré. Par suite, et en ce qui concerne l'exécution de ces deux contrats, le prêteur à la grosse est demandeur ; c'est à lui de prouver l'événement qui lui donne droit au remboursement du capital prêté et du profit convenu ; — l'assureur, au contraire, n'ayant rien à demander, est défendeur, et c'est à l'assuré à prouver que le sinistre a eu lieu dans les délais déterminés.

A l'obligation de prouver l'accomplissement de la condition qui donne ouverture à son droit, se borne le devoir du prêteur ; il ne doit pas établir que la chose empruntée a été utilement employée. (*Vid. supra*).

§ 3. — *Droits du prêteur sur les choses affectées au prêt, en cas de naufrage.*

Nous avons déjà dit qu'en cas de naufrage, les droits du prêteur sont réduits à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage. Si le prêt portait sur le navire, le prêteur aurait droit à la valeur des débris. Il percevrait également le fret des marchandises sauvées.

La loi accorde un privilège sur le fret aux matelots pour leurs loyers (Com. 271) ; ce privilège subsiste après la perte du navire sur le fret acquis et encaissé antérieurement, et prime celui du prêteur à la grosse. Le tribunal de commerce de Marseille a ainsi jugé avec beaucoup de raison (6 avril 1830). Le même tribunal a décidé aussi (6 avril 1830), que l'emprunteur à la grosse ne pourrait faire venir en concours, au préjudice du prêteur, des billets de grosse affectés sur le même navire, s'ils ont été antérieurement acquittés ; la dette éteinte par le débiteur ne peut, en aucun cas, revivre à son profit.

Par le sinistre majeur, l'action personnelle directe du prêteur est éteinte ; il ne lui reste plus qu'une action réelle sur les effets sauvés du naufrage et affectés au prêt. Dans l'ancienne comme dans la nouvelle jurisprudence, on a discuté sur le point de savoir si, dans le cas qui nous occupe, le profit maritime était dû proportionnellement à la somme à laquelle montent les effets sauvés. Le Code de commerce, tout en modifiant le terme de l'ordonnance, n'a pas mis fin à la controverse.

Il est admis sans difficulté que le preneur n'a aucun recours à exercer, si la valeur des effets sauvés est insuffisante pour couvrir le capital et le change maritime ; il ne peut donc , dans ce cas , y avoir lieu à un profit proportionnel. Mais si la valeur des effets sauvés est suffisante pour remplir ce double objet, la plupart des auteurs semblent enseigner que le preneur en profitera pour se couvrir de ce qui lui avait été promis par le contrat. Le Code portugais (art. 1660) a adopté cette solution : « Si la valeur des effets sauvés excède le capital emprunté , l'excédant paiera la prime convenue. » Cette hypothèse peut se réaliser dans des circonstances même fort désastreuses, si l'emprunteur a affecté des marchandises d'une valeur supérieure au montant du prêt.

Cette interprétation nous paraît contraire à la nature du contrat et aux principes que le Code français a proclamés. Aux termes de l'art. 331 , le prêteur à la grosse n'a droit sur les effets sauvés du naufrage que pour son capital seulement , parce que , dit Locré sur cet article , le profit n'est pas dû dans le cas où les effets affectés au prêt ne sont pas arrivés à bon port. S'il en est ainsi , et on ne peut le contester , le profit maritime ne peut pas plus être dû dans le cas de l'art. 327 que dans celui de l'art. 331 , qui, l'un et l'autre , statuent pour le cas de naufrage.

Le prêt peut n'être fait que sur une partie du chargement , comme les deux tiers, les trois quarts ; les effets de ce chargement , échappés au naufrage , ne se trouvent alors affectés au prêt que dans la même proportion ; le surplus franc du prêt demeure à l'emprunteur. Mais, si le chargement entier , quoique d'une valeur supérieure au prêt , a été affecté au remboursement , nous avons vu que

le prêteur exerce son privilège sur la totalité des effets sauvés.

L'emprunteur peut s'être réservé la faculté de décharger en route une partie de marchandises. Si le navire fait naufrage depuis ce déchargement partiel, le prêteur n'a aucun droit sur les marchandises mises à terre ; il peut exiger seulement que l'emprunteur justifie que, lors de l'événement, les objets restants étaient au moins de valeur égale à la somme prêtée.

CHAPITRE XIV.

Du Ristourne ou dissolution du contrat à la grosse pour défaut ou insuffisance d'objets affectés.

Le contrat à la grosse ne doit jamais être pour l'emprunteur un moyen de s'enrichir au préjudice du prêteur. Si les objets affectés au prêt n'ont pas été exposés à des risques, ou s'il n'en a été exposé que pour une valeur inférieure à la somme prêtée, cette somme, ou la partie qui excède la valeur des objets mis en risque, n'est plus considérée comme prêtée à la grosse : le prêt perd son caractère aléatoire et devient un prêt ordinaire. L'opération qui a lieu en pareil cas porte le nom de *ristourne*. Le ristourne peut donc avoir lieu par défaut de risque, ou par insuffisance de choses affectées à ces risques. Nous allons l'étudier dans les deux sections suivantes.

§ 1. — Du ristourne par défaut de mise en risque.

« Il y a défaut de risque, dit Pardessus, lorsqu'on expédie un navire, ou qu'on charge des choses que ne désigne pas le contrat ; lorsqu'on expédie pour un voyage autre que celui qui a été convenu ; lorsque le navire ne part

point, ou enfin, lorsqu'il part pour une autre destination. »

Lorsque le voyage n'a pas eu d'exécution, quelle qu'en soit la cause, le prêteur ne peut réclamer que le capital prêté, et non le profit maritime, puisqu'il n'a couru aucun danger. Mais il a droit, d'après les précisions indiquées plus haut, à l'intérêt de terre au cours de la place.

§ 2. — *Insuffisance des choses exposées au risque.*

Nous avons vu qu'il est de l'essence du contrat à la grosse que les choses exposées aux risques ne soient pas d'une valeur inférieure à la somme prêtée. S'il en était autrement, le prêteur perdrait une partie des garanties sur lesquelles il a le droit de compter, et d'un autre côté, l'emprunteur aurait intérêt à ce que les objets affectés au prêt se perdissent.

L'insuffisance peut résulter ou de la fraude ou de la simple erreur.

A. *Du ristourne résultant de la fraude de l'emprunteur.*
— S'il est prouvé qu'il y a fraude de la part de l'emprunteur, par exemple lorsque le résultat d'une vérification des choses affectées au prêt indique que ces choses n'ont pas la valeur indiquée, le contrat peut être déclaré nul pour le tout, à la demande de l'emprunteur (Ord. 1681, art. 3, Com. art. 316). La fraude n'a donc pas pour effet nécessaire de rendre le contrat nul de plein droit; elle donne seulement ouverture à une demande en nullité de la part du prêteur qui demeure maître d'opter, s'il le juge à propos, pour le maintien du contrat. « Dans le cas de l'arrivée du navire ou des marchandises, disait M. Corvetto au Corps législatif, le prêteur pourrait exiger la

somme prêtée et le profit maritime, quoiqu'il n'eût point couru un risque proportionné; mais cette faveur lui est due d'un côté, et cette punition est due de l'autre, à l'emprunteur qui est en fraude. »

Si, au contraire, le contrat est annulé sur la demande du prêteur, il ne reste plus qu'un prêt ordinaire, et la somme entière est due, quoique le gage vienne à périr, parce que les risques ne sont plus à la charge du prêteur; mais il n'a droit à aucun profit maritime, et il ne peut réclamer que l'intérêt. Le remboursement est dû à l'instant, nonobstant toute stipulation antérieure de terme; car les parties ne sont plus dans le cas prévu, et les sûretés promises au créancier se trouvent diminuées.

B. Du ristourne causé par l'erreur de l'emprunteur.

— Si l'insuffisance des choses mises en risques est le résultat d'une erreur, sans qu'aucun dol puisse être reproché à l'emprunteur, le contrat à la grosse est valable jusqu'à concurrence de la valeur des choses affectées au prêt, et l'emprunteur doit le remboursement de l'excédant avec intérêt au cours de la place, à compter du jour où il touchera l'excédant (Com. art. 317).

Les règles que nous venons d'établir et les distinctions à faire dans le cas où il y a fraude ou seulement erreur, sont applicables dans le cas où le prêt a été fait sur le vaisseau comme dans celui où il porte sur les marchandises.

CHAPITRE XV.

De la Prescription en matière de prêt à la grosse.

Les art. 432 et 434 Com. nous disent très explicitement que toute action découlant d'un contrat à la grosse est pres-

crite après cinq ans à compter de la date du contrat , à moins qu'il n'y ait cédula , obligation , arrêté de compte , ou interpellation judiciaire.

Si l'un de ces actes avait été fait , la prescription *ne pourrait avoir lieu* , dit l'art. 434. De ces termes , quelques-uns veulent conclure que la prescription qui commencerait à courir de nouveau , à dater d'un de ces actes , serait non plus celle de cinq ans ou d'un an , mais celle de trente ans. Cette décision , qu'on ne pourrait peut-être soutenir en tous les cas , paraît du moins certaine dans le cas où une *obligation* aurait été contractée. Toutes les règles formulées par les art. 432 et 434 sont des exceptions. En droit commun , la durée générale des actions est de trente ans , et ce délai ne commence jamais à courir , même pour les prescriptions d'une durée moindre , qu'à l'échéance de la dette.

En matière de commerce maritime , au contraire , on a restreint la durée des actions à un assez bref délai ; la nature même des choses le demandait , car c'est pour les opérations maritimes surtout qu'il faut éviter la lenteur et laisser le moins possible s'accumuler les différends. On a voulu de plus , que dans certains cas , le délai de ces prescriptions commençât à courir , non du jour de l'échéance de l'engagement , mais du jour même du *contrat*. On a mis ainsi la législation en harmonie avec le caractère particulier de quelques contrats , et assigné à la prescription un point de départ assuré , sans obliger les contractants à des recherches et à des justifications difficiles ou impossibles.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1. Le droit de demander la séparation des patrimoines appartient aux créanciers et légataires conditionnels (Fr. 4, D. de Separation. — Fr. 42, pr. D. de Oblig. et Action. — L. 6, D. Quibus ex causis in possess. — Non obstat : — Fr. 14, § 2, D. Quib. ex caus.).

2. L'acheteur de mauvaise foi peut demander la restitution du prix après l'éviction (L. 27, C. de Eviction. — L. 3, § 4, C. Commiss. de legatis. — L. 1, C. Si vend. pign. agatur. — Non obstat : — L. 7, C. Commun. utr. judic.).

3. La *condictio indebiti* ne peut se fonder sur une erreur de fait (L. 10, C. de Juris et facti ignorantia. — L. 6, C. Eod. tit. — L. 7, C. Eod. tit. — L. 6, C. de Condict. indeb. — L. 7, C. Eod. tit. — Nec obstat : — Fr. 1, princip. D. Ut in poss. leg.).

4. Le droit de rétention est opposable, non seulement au débiteur, mais aux tiers, créanciers de ce dernier (Fr. 10, D. de Pignor. et hypoth. — L. 8, C. Qui potiores. — Fr. 21, § 1, D. Qui potiores. — Fr. 29, § 2, D. de pig. et hypoth. — Fr. 4, § 1, D. Damni infecti. — Nec obstat : — C. Etiam ob chirogr. pect.).

DROIT FRANÇAIS.

I. — ORIGINES FÉODALES ET COUTUMIÈRES.

5. L'espave était obligé de fournir la *cautio judicatum solvi* (plaige d'estre à droit).

6. L'institution des exécuteurs testamentaires vient du droit canonique.

7. La démission de biens était d'origine romaine.

8. Le don mutuel entre époux avait une origine germanique

II. — CODE NAPOLEÓN.

9. Lorsque l'un des époux, institués contractuellement, meurt sans enfants, sa part n'accroît point à l'autre.

10. Le délai de trois mois pour faire inventaire des biens de la communauté après la dissolution est fatal. — L'époux qui a omis de faire inventaire dans ce délai est déchu du droit d'y faire procéder plus tard, pour se soustraire aux peines prononcées contre lui par l'art. 1442.

11. Le legs de la chose de l'héritier ou du légataire est valable, lorsqu'il a été fait comme charge ou condition de l'institution d'héritier.

12. Les immeubles sur lesquels la réduction s'opère rentrent dans la succession francs de toutes les charges dont le donataire ou un tiers possesseur peut les avoir grevés (art. 929). — Si la donation a été dissimulée sous la forme d'une vente, les charges dont l'immeuble a été grevé ne seront pas maintenues, même au profit des tiers de bonne foi.

III. — PROCÉDURE CIVILE.

13. Lorsque la requête de prise à partie est admise, elle doit être signifiée au juge, à personne ou domicile, et non au greffier du tribunal, comme les réquisitions dont parle l'art. 507. Proc.

14. La possession annale est une condition nécessaire pour l'exercice de la réintégration aussi bien que de la plainte.

IV. — DROIT CRIMINEL.

15. Un Français ne peut être poursuivi en France à raison de simples délits commis sur un territoire étranger.

16. La Cour d'assises peut appliquer les circonstances atténuantes au condamné par contumace.

V. — DROIT COMMERCIAL.

17. Lorsque le billet à ordre émane d'un commerçant, la

cause commerciale est présumée. La preuve contraire est possible à l'égard du bénéficiaire primitif, non vis-à-vis des tiers-porteurs.

18. Le billet au porteur n'est pas soumis à la prescription quinquennale.

VI. — DROIT ADMINISTRATIF.

19. Lorsque des tiers intéressés demandent à intervenir dans une instance devant le Conseil d'Etat, leur intervention doit être reçue, soit que le Conseil d'Etat juge en premier et dernier ressort, soit qu'il juge en appel.

20. L'art. 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits est applicable aux matières de simple police.

Vu par le Doyen par intérim,
LAURENS.

Vu par le professeur soussigné,
président de la thèse,

G. DEMANTE.

Vu :

Le Conseiller honoraire à la Cour de cassation,
Recteur de l'Académie,

J. ROCHER.

M. G. DEMANTE, *président de la Thèse.*

Suffragants : { MM. LAURENS.
DUFOUR.
GINOUILHIAC.
HUC.

TABLE DES MATIÈRES.

DU PRÊT A LA GROSSE.

INTRODUCTION.	5
DROIT ROMAIN.	
CHAP. I ^{er} . Définition et dénomination du prêt à la grosse.	
— Caractères généraux de ce prêt.	11
CHAP. II. Eléments essentiels du prêt à la grosse.	15
SECT. I ^{re} . Des choses qui peuvent faire l'objet d'un prêt à la grosse.	16
SECT. II. Des choses sur lesquelles le prêt est fait.	17
§ 1. Des choses affectées par hypothèque au remboursement.	18
§ 2. Du privilège accordé au prêteur.	21
SECT. III. Des risques maritimes auxquels les choses prêtées sont exposées.	25
§ 1. Quels risques sont à la charge du créancier.	26
§ 2. Du temps et lieu des risques.	28
A. Temps des risques.	28
B. Lieux des risques.	29
SECT. IV. Du profit maritime.	23
§ 1. L'intérêt maritime est le prix du risque.	34
§ 2. L'intérêt maritime est plus élevé que l'intérêt ordinaire.	39

§ 3. L'intérêt maritime était dû en vertu d'un pacte.	44
§ 4. Des intérêts pouvant être dus en dehors du profit maritime.	45
CHAP. III. Des actions qui appartiennent au prêteur à la grosse.	54
§ 1. De la <i>condictio</i>	55
§ 2. De l'action exercitoire.	56
§ 3. De l'action de <i>peculio</i> et de l'action de <i>in rem verso</i>	58
§ 4. De l'action de <i>eo quod certo loco</i>	59

ANCIEN DROIT.

CHAP. I ^{er} . Du prêt à la grosse dans l'empire d'Orient depuis Justinien (<i>Basiliques</i>).	62
CHAP. II. Du prêt à la grosse dans l'empire d'Occident, jusqu'à l'invasion des Barbares.	63
CHAP. III. Du prêt à la grosse chez les divers peuples de la Gaule, après l'invasion des Barbares.	64
CHAP. IV. Du prêt à la grosse en Italie et d'après le Droit canonique.	67
CHAP. V. Du prêt à la grosse d'après les Recueils particuliers de droit maritime, publiés au Moyen-Age.	73
§ 1 ^{er} Droit maritime de l'Océan.	74
A. Roques ou jugements d'Oléron.	74
B. Guidon de la mer.	75
§ 2. Droit maritime des côtes de la Méditerranée. — Du consulat de la mer.	76
CHAP. VI. Du prêt à la grosse d'après les ordonnances des rois de France.	77
§ 1. Antérieures à l'ordonnance de 1681.	78
§ 2. De l'ordonnance de 1681.	79

CODE DE COMMERCE.

CHAP. 1 ^{er} . Définition du prêt à la grosse. — Nature de ce contrat.	80
CHAP. II. Conditions essentielles à la validité de ce contrat.	83

CHAP. III. Des choses qui peuvent être prêtées.	48
CHAP. IV. Des choses qui peuvent être affectées par l'em- prunteur au prêt à la grosse.	84
§ 1. Corps et quille du navire. — Agrès. — Appareux, — Armements et victuailles.	87
§ 2. Facultés de cargaison ou chargement, pacotilles.	88
§ 3. Corps et facultés affectés conjointement, séparément ou alternativement.	89
CHAP. V. Des choses qui ne peuvent être affectées au prêt à la grosse.	90
CHAP. VI. Du privilège qui frappe les objets affectés au prêt. — Concours entre les divers privilèges et les assurances.	95
CHAP. VII. Des risques.	104
§ 1 ^{er} . Espèces de risques. — Fortunes de mer. — Contrebande. — Baraterie du patron.	105
§ 2. Temps et lieux des risques.	109
CHAP. VIII. Du profit maritime, et des intérêts de terre.	114
CHAP. IX. Des formes du contrat à la grosse.	119
SECT. I ^{re} . Formes internes.	119
SECT. II. Formes externes.	122
§ 1. Enonciation du capital prêté, et de la somme convenue pour le profit maritime.	123
§ 2. Désignation des choses affectées au prêt.	124
§ 3. Désignation du navire et du capitaine.	124
§ 4. Désignation du prêteur et de l'emprun- teur.	126
§ 5. Désignation du voyage et du terme.	127
§ 6. Désignation de l'époque du rembourse- ment.	128
CHAP. X. Par quelles personnes et sous quelles condi- tions peut être souscrit un contrat à la grosse.	128
CHAP. XI. Formes et effets de la négociation du contrat à la grosse.	137
CHAP. XII. De l'emprunteur.	141
§ 1 ^{er} . Obligations de l'emprunteur.	141
§ 2. Justifications auxquelles l'emprunteur est soumis.	143
§ 3. Exceptions en cas de perte et d'avarie.	145
§ 4. Du Délaissement.	152

CHAP. XIII. Du prêteur..	153
§ 1. Quand et comment le prêteur peut exiger son paiement..	153
§ 2. Justifications auxquelles l'emprunteur est soumis.	154
§ 3. Droits du prêteur sur les choses affectées au prêt en cas de naufrage..	155
CHAP. XIV. Du ristourne, ou de la dissolution du contrat à la grosse, pour insuffisance d'objets affectés. . .	157
§ 1. Du ristourne pour défaut de mise en risque.	157
§ 2. Insuffisance des choses exposées au risque..	158
A. Insuffisance résultant de la fraude de l'emprunteur.‡.	158
B. Du ristourne causé par l'erreur de l'emprunteur..	159
CHAP. XV. De la prescription.	159