

22684

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA PÉTITE

M. DEFOUR, Docteur, professeur de Droit Commercial.
M. MOULIER, professeur de Droit Criminel.
M. BRÉSOLLES, professeur de Code Civil.
M. MASSON, professeur de Droit Romain.
M. GIZOULHAC, professeur de Droit Français, études dans
les diverses facultés et collèges.
M. BOC, professeur de Code Civil.
M. HERBERT, professeur de Droit Romain en cours.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

M. BRÉSOLLES, professeur.
M. GIZOULHAC, professeur.
M. BOYELLS, professeur.
M. LABRENS, agrégé.
M. FACET, agrégé.



La Faculté n'est pas responsable de l'opinion
émise par le candidat.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

- MM. DUFOUR ✱, DOYEN, professeur de Droit Commercial.
MOLINIER ✱, professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES ✱, professeur de Code Civil.
MASSOL ✱, professeur de Droit Romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans
ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code Civil.
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code Civil.
ROZY, professeur de Droit Administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, professeur d'Économie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de Douai.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. ARNAULT.

SUFFRAGANTS : {
MM. BRESSOLLES, professeur.
GINOULHIAC, professeur.
BONFILS, professeur.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions
particulières du candidat.*

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA PERTE

PAR

CAS FORTUIT & PAR FORCE MAJEURE

DANS LES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Jean-Marie-Louis MAILHOL

Avocat, né à Venerque (Haute-Garonne).

TOULOUSE

PAUL PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

RUE TRIPIÈRE, 9

—
1876



INTRODUCTION

Toute obligation née de l'accord parfait des parties contractantes et revêtue de toutes les formalités légales, peut néanmoins demeurer sans résultat, faute d'être exécutée à temps par le débiteur.

L'empêchement est volontaire ou involontaire ; il peut avoir pour cause : 1° Le fait non intentionnel du débiteur ; 2° Le fait intentionnellement produit par le débiteur ; 3° une cause absolument étrangère au débiteur.

Le fait intentionnel fait supposer le dol ; le fait non intentionnel peut être l'effet de la faute du débiteur, de la *culpa*, ou de sa négligence. Ces deux premiers cas ont donné naissance à la théorie des fautes ou de la responsabilité.

Enfin, le fait absolument étranger au débiteur ou celui qui n'implique même pas sa négligence, le cas

fortuit ou simplement le *casus*, met en jeu la théorie des risques, objet de notre étude.

Les textes disent du cas fortuit : « *Fortuitos casus quos nullum humanum consilium providere potest.* » Ulpien les appelle : « *Vim cui resisti non potest.* » (L. 15, § 2. D. *locati conducti.*)

Il y a simplement cas fortuit lorsqu'un dommage partiel ou total est causé à l'objet d'une obligation par un événement auquel pas plus le débiteur que le créancier n'a directement ou indirectement concouru. Tels sont les cas de mort, de blessure ou de fuite d'un esclave ou d'un animal ; les diverses pertes causées par l'incendie, l'inondation, les tremblements de terre, les naufrages, la décomposition naturelle mais imprévue, causées, en un mot, par tout accident postérieur à la formation de la convention, et attribuable au hasard ou à la force majeure.

Tandis que la théorie des fautes a pour but de rendre le débiteur responsable de sa négligence ou de son dol, la théorie des risques en cas de perte fortuite, basée sur des principes semblables, arrive à dégager la responsabilité du débiteur.

De là, une certaine gradation de cette responsabilité, qui, des limites du cas fortuit s'élève jusqu'au dol par la *culpa levis* et la *culpa lata*, termes relatifs eux-mêmes et dont le sens varie d'après l'intérêt que la partie responsable attend du contrat.

On prenait en Droit romain, pour base de cette interprétation, le type du *bonus paterfamilias*.

Le débiteur, détenteur d'une chose due, doit en principe, jusqu'à la tradition, donner à la conservation de cette chose les soins qu'un père de famille apporte à la gestion de ses intérêts particuliers. Gardien aussi intègre des intérêts d'autrui que de ceux de ses enfants, il ne répond jamais d'un événement fortuit. Mais vient-il à s'écarter de sa vigilance, il répond de la perte de ce qui lui était confié.

La *mora* ou mise en demeure d'avoir à livrer un objet, a également pour résultat de rendre le débiteur responsable des cas fortuits, alors même qu'il ne serait plus propriétaire.

Applicables, sauf certaines modifications, dans les obligations synallagmatiques où les parties sont réciproquement liées, ces théories le sont encore dans les obligations unilatérales, c'est-à-dire dans celles où l'une des parties a seule promis une chose ou un fait.

La question des risques ne se pose pas, en dehors des obligations, puisqu'il est dans l'ordre des choses que chaque propriétaire supporte seul la perte de son bien.

L'utilité pratique cesse également dans les contrats dès la libération définitive du débiteur par la remise de la chose périssable. La perte fortuite arrivée chez le créancier devenu propriétaire, est supportée par lui.

Cette théorie ne trouve de place que dans les hypothèses où l'objet promis périt ou se détériore dans l'intervalle du temps qui sépare la formation de la conven-

tion de la tradition réelle en Droit romain et de la tradition feinte ou réelle en Droit français.

Cette délimitation nous aidera à rechercher successivement dans les diverses conventions du Droit romain quelles furent les décisions adoptées en cas de perte fortuite, et quel fut le principe qui les dicta.

Une étude analogue dans les obligations du Droit moderne français formera notre deuxième division.

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES. — DIVISIONS.

Si la question des risques eut le privilège d'occuper, de tous les temps, les commentateurs, elle eut aussi celui de maintenir au milieu d'eux de profondes divergences. Il serait, je crois, difficile de déterminer la cause première de cette variété d'opinions ; mais à coup sûr, l'influence de deux principes opposés, ayant trait l'un et l'autre aux cas de perte fortuite, n'y est pas restée étrangère. Le premier de ces deux principes, adopté par le Droit romain comme le criterium de la responsabilité, peut-être désigné par un seul mot : l'imputabilité. On se basait sur l'intention présumée de l'auteur du dommage, ou plutôt sur le degré des connaissances qui pouvaient lui servir de frein contre les mauvaises inclinations.

L'enfant n'ayant ni la plénitude de la raison ni celle de l'expérience, n'était pas responsable à Rome; le mal qu'il causait ne donnait pas plus matière à la réparation civile que les dégâts produits par les animaux.

En matière d'obligations, le cas fortuit libérait le débiteur, et la perte fortuite d'une chose due équivalait à la tradition, à la libération du débiteur.

Mais une idée bien différente inspira la législation germanique naissante. Le fait matériel devint l'unique sujet de toute discussion : un dommage, même involontaire, était-il occasionné par un être irresponsable, il y avait toujours lieu à la réparation civile, appelée *compositio*; bien plus, le fait purement casuel devait être réparé par le débiteur, et la base de la réparation se trouvait dans l'intérêt présumé de chacune des parties dans le contrat. L'on décida, par suite, que le débiteur ne serait pas libéré par la perte fortuite de la chose due.

Ces deux idées fondamentales, formulées dans deux législations différentes, et prises pour point de départ de la théorie des risques et de celle des fautes par les commentateurs, devaient fatalement les conduire à des résultats opposés. Les uns admirent avec raison la maxime : *Res perit creditori*, qui signifie que la perte fortuite d'un objet dû en vertu d'une obligation libère le débiteur, mais laisse subsister l'obligation du créancier. C'est évidemment cette règle qui inspira les diverses solutions du Droit romain en cette matière. Les autres, se retranchèrent derrière le brocard : *Res perit domino* ou *Casum sentit dominus*, pour faire sup-

porter la perte ou les détériorations fortuites par le débiteur propriétaire, en accordant au créancier la faculté de ne pas payer le prix, ou celle de le répéter s'il l'avait déjà remis.

La loi 9 au Code de Justinien, « de *Pigneratitia actione*, » leur a servi de pierre d'achoppement : « *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit.* »

Mais, en transportant cette loi du domaine particulier dans le domaine général, on lui fait perdre sans s'en douter sa force d'argumentation ; cette loi ne doit son origine qu'à certains changements opérés dans le contrat de gage, et fait allusion au remplacement de la *fiducia*, qui rendait le créancier gagiste propriétaire momentanément du gage, par le contrat *Pigneratitius*, qui laissait la propriété du gage au débiteur : Sous le régime de la *fiducia*, la perte était tout d'abord et en apparence pour le créancier gagiste, mais retombait définitivement sur le débiteur ; sous le régime du *pignus*, la perte était directement supportée par le débiteur. Ce texte doit donc demeurer en dehors de la question.

Quant à l'origine de la règle : *Res perit domino*, Molitor la fait remonter à la lutte du Droit romain et du Droit germanique. Dans cette dernière législation, le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste, répondaient de la perte, même fortuite, de l'objet d'une obligation : ce fut alors que la règle *res perit domino* fut imaginée pour détourner une pareille responsabilité. Aussi, Molitor fait-il remarquer qu'elle ne

s'appliquait pas aux contrats d'acquisition, mais seulement aux contrats de restitution.

La règle *res perit domino* n'a pas d'ailleurs le mérite de trancher d'une façon définitive l'attribution des pertes. Dire que le propriétaire supporte la perte, c'est dire que celui qui est obligé, par convention synallagmatique, à se charger de la perte de la chose, n'a pas de moyen d'obliger l'autre partie à exécuter sa part d'obligation; c'est dire que le débiteur en vertu d'un contrat unilatéral doit, en cas de perte fortuite de l'objet promis sans équivalent, en fournir un autre de même nature et de même valeur.

Mais l'objet définitif de la perte se trouve dans l'ensemble des avantages résultant du contrat, et non pas uniquement dans l'objet matériel et immédiat de l'obligation; voilà pourquoi la maxime *res perit domino* sera insuffisante pour indiquer d'une façon précise celui des contractants qui supporte le *periculum*.

Ainsi, l'une des parties, le débiteur, par exemple, voit périr la chose entre ses mains, mais il peut arriver que le créancier supporte la perte; cela arrivera si la perte ne dispense pas le créancier de payer le prix au débiteur.

Il n'est pas, non plus, exact de dire que cette règle est d'une application générale: Pothier, dont l'autorité est souvent invoquée en cette matière, était d'avis de n'employer la règle *res perit domino* que si l'on opposait le propriétaire à ceux qui avaient la garde ou l'usage de la chose, mais de la laisser absolument de côté si le débiteur d'une chose se trouvait placé en oppo-

sition avec le créancier de cette chose qui a un recours contre le propriétaire pour en obtenir livraison. Dans la vente, par exemple, la maxime *res perit creditori* est seule applicable; des textes formels rejettent le brocard *res perit domino*; repoussons-le donc, même dans les contrats où l'on pourrait raisonnablement l'admettre; les restrictions de son application nous font préférer une règle plus générale.

La règle *res perit creditori* nous paraît, à première vue, d'un usage plus étendu, et mieux en harmonie avec les textes, la raison, et la nature des obligations. Nous dirons avec elle, que le lien résultant des contrats n'oblige les parties que dans les limites du possible; que si l'obligé se trouve sans avoir rien à se reprocher, dans l'impossibilité d'exécuter sa promesse, il est réputé l'avoir exécutée. Cela résulte des lois 25 et 185. L. 17 D. de Regul. jur. Mais l'autre contractant sera toujours tenu, puisque son obligation a une existence qui lui est propre, puisque le fait purement fortuit ne peut détruire l'effet des deux consentements.

Nous verrons par la suite que ces mêmes principes dirigent toutes les conventions, et lorsque nous rechercherons la cause de certaines différences de solutions en matière de perte fortuite, nous la trouverons presque toujours dans la diversité de nature des conventions.

Les contrats synallagmatiques engendrent des obligations réciproques, et sont parmi les conventions à titre onéreux ceux dans lesquels la question des ris-

ques revêt le plus d'importance. Ils se divisaient, à Rome, en synallamagtiques nommés et synallamagtiques innommés. Viennent ensuite les contrats unilatéraux; enfin, quelques opérations ayant de l'analogie avec les contrats proprement dits, et groupées sous la dénomination de quasi-contrats.

Nous ne dérogerons pas à l'ordre naturel de cette classification.

CHAPITRE II

RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES NOMMÉS

SECTION PREMIÈRE

De la Vente.

§ 1^{er}. — *Vente pure et simple.*

Dans la vente pure et simple, c'est-à-dire dégagée de toute clause à terme ou conditionnelle, l'objet du contrat peut fortuitement périr avant l'accord parfait des deux parties; il peut disparaître après que l'acheteur en a déjà obtenu la livraison; il peut encore être totalement ou partiellement détruit dans l'intervalle qui sépare la conclusion de la vente de la livraison.

Dans le premier cas, il ne saurait y avoir aucune responsabilité pour l'acheteur: la vente n'a pas lieu, la chose pérît pour son propriétaire, *res perit domino*.

Au second cas, nous pouvons aussi appliquer la maxime *res perit domino* : le créancier acheteur devenant par la tradition seul propriétaire de l'objet vendu, voit s'évanouir sa qualité de créancier; le vendeur cesse d'être débiteur; il n'y a plus de rapport d'obligations, mais propriété sans conteste. (L. 36, D. de Act. empti et vend. — L. 14, D. de Peric. et comm. rei vend.)

Dans la troisième hypothèse seulement peut se développer la théorie des risques. Ici le vendeur est encore propriétaire, puisque, en Droit romain, la tradition opère seule le transfert de propriété; il est, en outre, gardien de sa propre chose dans l'intérêt du créancier acheteur, pour qui il doit la conserver avec toute l'attention d'un bon père de famille. Le débiteur répond, par conséquent, des détériorations arrivées par sa faute ou par sa négligence, puisque la faute a pour résultat de transformer en une obligation à des dommages-intérêts, toute obligation dont l'exécution est devenue impossible par le fait du débiteur; mais sa responsabilité n'est jamais atteinte par les accidents fortuits ou de force majeure. Le dommage n'étant ici imputable à personne, l'obligation ne peut se transformer, elle est simplement éteinte, et l'obligé se trouve libéré par la maxime : « *Impossibilium nulla obligatio.* » (L. 2, § 1, t. VI, D. de Peric. et comm. rei vend., liv. XXXI. — L. 36, l. 34, D. de Act. empti. — L. 35, § 4, D. de Contr. empti. — L. 2, D. de Peric. et comm. rei vend.)

Cette règle absolue s'étend à toutes les obligations;

elle est énoncée au Digeste aux lois 5, § 2. *Commod.* — L. 25, D. de *Reg. jur.* — L. 108, § 12, D, de *leg. jur.*) Ses conséquences sont de faire supporter les pertes purement casuelles par l'acheteur, et non par le vendeur, en vertu de la maxime : *res perit creditori*; et cela, que la dégradation soit minime ou qu'elle ait affecté l'existence même de la chose; qu'elle provienne d'un fait positif et direct ou d'un fait négatif, comme la perte d'une simple espérance d'accroissement dans la chose qui est due. Ainsi, le vendeur ne répond que de sa faute et parfois de sa négligence; encore faut-il introduire ici quelques modifications : un débiteur n'est, par exemple, tenu que de son dol, lorsqu'il a mis le créancier en demeure de recevoir livraison; peu importe, d'ailleurs, qu'il ait été mis lui-même antérieurement *in morâ* de livrer la chose vendue; car le dernier mis en demeure est le seul responsable. (Loi 17, D. de *Peric. rei vend.*)

Nous arriverions au même résultat en analysant une clause formelle qui dispenserait le vendeur de la *custodia*, c'est-à-dire de la surveillance.

En sens inverse, on pouvait faire intervenir au contrat la clause de *custodia*, et obliger par elle le vendeur détenteur, après la conclusion du contrat, à prévoir tous les risques mieux qu'un bon père de famille. (§ 5, *Inst.* 4^e phrase. — Loi 25, de *Reg. jur.* D.)

La surveillance d'un bon père de famille, avons-nous déjà dit, sert de critérium à la bonne gestion du vendeur. Il a été fait quelques objections à ce prin-

cipe à propos d'une phrase du § 5, t. XXIII aux Institutes ainsi conçue : « *Quod si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor suscepit : sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est.* » Ainsi, si le vendeur s'est formellement chargé de la garde, il répond de la fuite de l'esclave arrivée même sans sa faute; s'il ne s'en est pas chargé, il n'en supporte pas les conséquences, c'est-à-dire qu'en règle générale il ne supporte pas la perte. Or, dit-on, le § 4 de la loi 35 des *Contr. empt.* dit formellement le contraire, puisque : « *Si nihil appareat con- venisse, talis custodia desideranda est à venditore qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet.* » Ces deux lois sont-elles inconciliables? Cela n'est pas probable, et voici l'explication la plus naturelle : Les esclaves ayant de plus que les animaux une intelligence capable de saisir le moment favorable à la fuite, le vendeur regarderait comme trop rigoureuse l'obligation de les garder jusqu'à la tradition à l'acheteur, si leur fuite était assimilée à des cas fortuits ordinaires. Aussi doit-on soigneusement distinguer, malgré les mots qui terminent le texte : « *Item et in cæteris animalibus,* » mots que l'on peut regarder comme une véritable superfétation. Pour les voir en parfaite harmonie avec ce qui les précède, il faut adopter une interprétation tout opposée de M. Vangerow. D'après cet auteur, le débiteur qui se charge formellement de

la *custodia*, dans un contrat, doit naturellement la fournir, puisqu'il entend supporter le *furtum* et la fuite dont il ne répondrait pas sans ce pacte spécial dont il faut reconnaître l'utilité. La loi 33, § 4 au D. vient d'ailleurs à l'appui de ce raisonnement en n'établissant aucune distinction entre les esclaves et les animaux. Ainsi, le débiteur ne répond de la fuite ou du vol d'un esclave par cas fortuit que s'il y a une convention formelle sur ce point, et il doit à l'acheteur les actions qui peuvent faire recouvrer l'esclave en fuite. (Gaius, D. fr. 33, § 4 de *Contr. empt.*) Mais cela n'empêche pas le détenteur de tout autre chose qu'un esclave, d'être tenu à l'égard de la chose due des soins d'un père de famille.

Nous venons de voir le détenteur chargé, avant la livraison, de la *custodia* du *paterfamilias*, et responsable de tout événement non fortuit. Après la réfutation de ce texte des Institutes, nous voici amenés à admettre, en matière de vente pure et simple, la prédominance du principe *res perit creditori*, comme conséquence directe de cet autre principe, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite qui excède les limites de sa *custodia*.

Etablissons maintenant la maxime *res perit creditori* sur des bases solides, pour l'élever ensuite au-dessus de la théorie des risques qu'elle dominait en Droit romain.

En dépit du reproche qui lui a été fait bien souvent d'être en opposition avec le droit naturel, nous la verrons s'imposer comme la rigoureuse conséquence de la

raison, des précédents historiques et des textes. La maxime opposée, *res perit domino*, nous paraîtra, comme les lois qui la soutiennent, réduite à sa juste valeur.

La vente peut se décomposer en deux obligations distinctes, tirant l'une et l'autre leur commune origine d'un même accord de volontés. Une fois formées, chacune a son existence particulière et peut disparaître indépendamment de l'autre. L'obligation de l'acheteur consiste dans une chose fongible, le prix en argent ; c'est dire que l'acheteur qui perd cet argent par force majeure, n'est pas affranchi de payer une somme égale.

Le vendeur, au contraire, est débiteur d'une chose *in specie*, du moins en général ; il ne peut pas la remplacer par une autre ; si elle vient à périr fortuitement, il ne lui est plus possible de s'acquitter, et comme il n'est pas en faute, l'axiome « *impossibilium nulla est obligatio*, » nous fait considérer ses devoirs de débiteur comme accomplis, et produit une assimilation d'effets entre la perte fortuite et la libération régulière ; c'est-à-dire que le débiteur ne supporte pas le *periculum*, et que le créancier, obligé de payer le prix, bien qu'il n'ait pas reçu l'objet acheté, éprouvera seul la perte définitive. Nous appliquerons donc la règle *res perit creditori* soit à la perte totale, soit aux simples détériorations, puisque l'objet simplement détérioré peut être remis à l'acheteur sans réduction de prix.

N'est-ce pas, d'ailleurs, le créancier qui profite des augmentations survenues, avant la tradition, à l'objet

du contrat, qu'il prend tel qu'il est? N'est-il pas juste alors, en vertu de la maxime : « *Commodum ejus esse debet cujus est periculum* », de lui en faire supporter les risques ; et sans vouloir attribuer à ce raisonnement plus d'importance qu'il ne faut, nous pouvons emprunter à Cujas ces paroles : « *Ad emptorem commodum incommodumque pertinet.* »

Si, d'autre part, nous consultons les précédents historiques de notre sujet, que voyons-nous ? Toujours ce même principe admis, et le créancier supportant, même avant la tradition, la perte de la chose dont il n'a pas la propriété.

Le consentement fait la vente, a dit Scévola (Fr. 12, *de evictionibus*), et telle fut la règle générale jusqu'à Justinien, qui établit en matière de vente simple une modification, ou plutôt une distinction, par rapport à la manière de contracter. (L. 17, D. *de fide instrum.*) Il distingue la vente verbale de la vente écrite ; l'ancien droit continue à régir la première comme contrat consensuel ; au contraire, la formation de la vente écrite est renvoyée au moment de la rédaction de l'acte. Les textes qui nous transmettent cette innovation, établissent aussi deux principes fondamentaux : le premier, qu'avant la livraison de la chose vendue, le vendeur en demeure propriétaire : *Adhuc ipse dominus est*, car la possession et la tradition seulement conduisent à la propriété. Le second que, dans l'intervalle de la formation du contrat à la livraison, la perte de l'objet sera supportée par l'acheteur non propriétaire : « *Periculum statim ad emptorem pertinet,* » pourvu

que le vendeur soit exempt de faute ou de dol ; quant au prix, rien ne dispense l'acheteur de le payer. Nous verrons bientôt cette dernière décision en butte aux attaques des commentateurs, au premier rang desquels se trouve Cujas, qui faisait céder ici la rigueur des principes devant ce qu'une fausse interprétation de textes lui présentait comme l'équité.

Aux partisans de notre maxime : *Res perit creditori*, on a opposé que si le créancier supportait les risques, ce n'était que comme propriétaire et non comme créancier ; qu'il ne les supportait pas lorsqu'à sa qualité de créancier ne se joignait pas celle de propriétaire. Ce raisonnement est évidemment faux en Droit romain, puisque d'après ce qui vient d'être dit, le créancier supportait la perte, même avant la tradition, et que l'acheteur ne devenait propriétaire qu'après la tradition. Cela fut formellement établi par les Institutes de Justinien (§ 3, l. de empt. et vendit.) : « *Cum*
« *autem emptio et venditio contracta sit, quod effici*
« *diximus simul atque de pretio convenerit, cum*
« *sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ*
« *statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea*
« *res emptori tradita non sit, etc. Itaque si homo*
« *mortuus sit vel aliqua ex parte corporis læsus*
« *fuerit, aut cædes totæ vel aliqua ex parte incen-*
« *dio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis*
« *totus vel aliqua ex parte ablatu s sit, sive etiam*
« *inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis*
« *longe minor aut deterior esse cæperit, emptoris*
« *damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit*

« *nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo
« et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus
« est.* » Ce texte, important entre tous, établit d'une
façon bien claire que la perte partielle et totale sera
supportée par l'acheteur dès la perfection du contrat,
même avant la livraison et le paiement. Il en est à plus
forte raison de même après la tradition de l'objet, bien
qu'il n'ait pas été payé.

D'autres textes ne sont pas moins formels, et leur
clarté fait précisément la force de notre maxime *res
perit creditori*, qu'ils nous montrent admise généra-
à Rome.

C'est d'abord une loi 5, § 2 au Digeste, L. 18,
T. 5 de *rescindenda venditione*, ainsi formulée par
Julien : « *Mortuo homine, perinde habenda est ven-
« ditio ac si traditus fuisset : utpote cum venditor
« liberetur, et emptori homo pereat.* » Voilà bien
la perte fortuite assimilée à l'exécution du contrat, à
raison de l'impossibilité où s'est trouvé le vendeur
d'opérer la livraison ; voilà encore la perte de l'esclave
retombant tout entière sur l'acheteur.

Le jurisconsulte Paul, dans un autre fragment du
Digeste, confirme en tout point la loi précédente en
accordant en cas de perte fortuite au vendeur le droit
de réclamer le prix, et le dispensant de toute partici-
pation à la perte. C'est aussi ce que nous voyons au
livre IV, titre XLVIII du Code où la loi 1 dit : « *Post
« perfectam venditionem omne commodum et in-
« commodum, quod rei venditæ contigit, ad empto-
« torem pertinet.* » La loi 4 de Gordien au même

titre finit par ces mots : « *Periculo emptoris rem
« distractam esse in dubium non venit.* » La loi
5 n'est pas moins affirmative, et la loi 6 visant le cas
spécial d'une perte fortuite avant la tradition, nous
dit : « *Mortis casus ancillæ distractæ etiam ante
« traditionem sine mora venditoris dilatam, non
« ad venditorem, sed ad emptorem pertinet : et hoc
« non ex præterito vitio rebus humanis exempta,
« solutionem pretii emptor non recte recusat.* »

Au titre de *Periculo et comm. rei vend* au D., la
loi 8 parle de la nécessité de bien préciser l'instant de
la perfection du contrat de vente, parce qu'il déter-
mine l'époque où les risques sont supportés par l'ache-
teur.

La loi 34, § 6 au D. 1. XVIII, t. 1, de *contrah.
emptione*, arrive indirectement au même résultat. Paul
y parle d'une vente alternative de deux esclaves au
choix du débiteur. Si l'un des deux esclaves vient
à mourir avant le choix, le survivant seul est dû et la
vente devient pure et simple ; c'est le cas qui nous
occupe. Si cet esclave périt à son tour, le débiteur ne
pouvant pas en fournir un autre et n'ayant rien à se
reprocher, sera libéré et recevra le prix.

La loi 11 D. 1. XXI, t. 2, de *evictionibus*, con-
tient une décision aussi importante que curieuse :
Lucius Titius a acheté des biens en Germanie, il les
a en partie payés avant sa mort ; son héritier actionné
en fin de paiement, objecte que les biens ont été con-
fiscés par le prince pour récompenser les vétérans de
ses légions : Paul consulté, assimile cette confiscation

à un cas de perte fortuite et de force majeure, met sans hésiter les risques à la charge de l'acheteur, et l'oblige à payer le prix ; décision sévère, au premier abord, mais arrachée par la rigueur des principes admis pour la vente et d'autant plus précieuse pour nous, qu'elle montre notre maxime « *res perit creditori*, » franchement mise en pratique.

Cette règle, si bien en harmonie dans la vente pure et simple avec les principes et les textes, comme nous venons de l'établir, a été encore de nos jours vivement attaquée. Quelques auteurs, n'osant pas contester son existence, niaient pourtant sa prédominance en Droit romain. On a donc opposé et renouvelé le système contraire, formulé par la règle *res perit domino*. Nous devons avant tout affermir notre argumentation en réduisant à leur juste valeur les lois qu'on nous oppose, en montrant que des deux maximes contraires celle de nos adversaires ne pénétra jamais dans la pratique romaine.

On invoque d'abord contre nous les fragments du Digeste 12, 13 et 14, au titre de *Periculo et commodo rei venditæ* (L. XVIII, t. vi), comme détruisant formellement l'esprit du paragraphe 3 des Institutes. La loi 12, de Paul, est ainsi formulée : « *Lectos* « *emptos ædilis, cum in via publica essent positi,* « *concidit : si traditi essent emptori, aut per eum* « *stetisset quominus traderentur, emptoris periculum esse placet.* » Un édile a brisé des lits qui avaient été laissés sur la voie publique ; l'acheteur en supportera la perte s'il en a reçu ou demandé la livrai-

son. D'où il suit, qu'avant la livraison la perte sera pour le vendeur.

La loi 13, qui vise un cas d'abus de pouvoirs de l'édile, semble former le complément de la précédente ; mais elle n'est en réalité qu'un obstacle au sens général qu'il faut aller poursuivre dans la loi 14. Celle-ci séparée maladroitement et après coup de la loi 12, ajoute : « *Quod si neque traditi essent, neque emptor*
« *in mora fuisset, quominus traderentur, vendito-*
« *ris periculum est.* » Et les commentateurs, érigeant cette décision de Paul en règle générale, mettent les risques à la charge du vendeur, propriétaire avant la tradition.

A cela nous pouvons objecter que ces lois visent un cas particulier où il n'y a pas une perte par cas fortuit proprement dit, mais bien perte par la faute ou la négligence du débiteur qui, en obstruant la voie publique, s'était mis en rébellion contre les règlements publics, que l'édile a pour mission de faire respecter.

Perezius, à qui nous empruntons cette explication, s'exprime ainsi dans son commentaire de la loi 4, l. xviii, du Code : « *In hac facti specie culpa vendi-*
« *toris perierunt, qui non cavil ab occurso ædilis.*
« *Omnibus enim notum erat solere ædilem viarum*
« *munditiam exacte curare, omniaque impedimenta*
« *que transversa occurrebant, ex tempore et in-*
« *dictâ causâ tollere, culpæ ergo venditoris impu-*
« *tatur quod cum impedimento usu publici in via*
« *publica lectos exposuerit.* »

Replaçons donc ces lois du domaine général et ab-

solu dans le domaine particulier de la théorie des fautes où elles trouvent uniquement leur valeur. La seule conclusion que l'on pourrait en tirer au profit de la théorie des risques, c'est que le vendeur est tenu de la *custodia* avant la livraison ; mais cela ne veut pas dire qu'il supporte les risques.

Africain a fourni aux défenseurs de la maxime : *Res perit domino*, un texte formellement contraire aux nôtres ; décisif, même en leur faveur, s'il était à l'abri de toute critique. On l'a regardé pendant très longtemps comme la clé de la question, et Cujas lui-même, influencé par lui, passa dans le camp opposé à ses vrais principes, en concluant que la perte était, avant la tradition, pour le vendeur ; en ce sens, qu'il ne pouvait pas exiger son prix ou devait le restituer. Ce texte forme au D. la loi 53, au titre du louage. Assimilant sous forme d'exemple la vente au louage, Africain nous dit, après nous avoir parlé de ce dernier contrat : « *Nam etsi vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi.* »

Si le fonds que vous m'avez loué vient à être vendu au profit du fisc, le contrat sera résolu, de même que si vous aviez loué une maison à construire et que le sol se fut ouvert. De même si vous aviez vendu un fonds qui fût aussi confisqué avant la tradition, votre acheteur aurait l'action *ex empto* pour vous faire restituer le prix.

S'appuyant sur cette fausse assimilation de la vente au louage, « *quia inter se familiaritatem habent* », Cujas avait donc décidé que là était le Droit romain pratique, et répondait à ceux qui lui opposaient les textes formels des Institutes ou du Digeste, que ces fragments étaient bien, en effet, la déduction rigoureuse des principes, mais que leur valeur était purement théorique. « *Ita accipienda est ea regula*, dit-il, « *ut pereat emptori non pretium, id est, si res perierit antè traditionem.* » Il met donc les risques à la charge du vendeur, en ce sens que l'acheteur ne doit plus le prix et en a la répétition; et pour donner une nouvelle force à son raisonnement, Cujas s'appuie sur la loi 12, D. *de peric. et comm. rei vend.* que nous connaissons déjà, et sur la loi 16, D. l. XII, t. vi, *de condictione causa data causa non secuta*. Cette dernière présente le cas d'un échange, bien que cela ait été contesté, et demeure en dehors de la question. Celse appliquant les principes de l'échange, accorde le droit de répétition à celui qui a fourni l'argent, et Cujas fait passer sa décision dans le domaine de la vente, de telle sorte que le vendeur, obligé de rendre le prix qu'il a reçu, supporte définitivement la perte.

L'autorité de Cujas a rallié de nouveaux partisans à sa doctrine; Grotius voulant lui aussi faire accorder les principes des risques en matière de vente avec ceux du droit naturel, enseigna qu'à l'exemple des législations anciennes, on devait faire supporter le *periculum* par le vendeur jusqu'à la tradition. Puffendorf, imbu des idées de Grotius, décida lui aussi dans son

célèbre traité publié en Suède : « *Du Droit de la nature et des gens* », que la perte de la chose résolvait la vente, et que le vendeur supportait les risques, car, en principe, *res perit domino*, et l'acheteur n'est obligé à payer que contre livraison ; opinion que son traducteur et commentateur français, Barbeyrac, a fidèlement reproduite. Pothier lui-même n'a pas osé se prononcer énergiquement contre eux ; il renvoie à l'opinion de Davezan, déclare que la majorité des jurisconsultes romains mettaient les risques à la charge de l'acheteur, et ajoute que le vendeur est, en principe, présumé en faute et obligé de prouver le cas fortuit.

« Si l'acheteur a la répétition du prix, dit encore « Pothier sur cette fameuse loi 35, c'est que les lois qui « ordonnaient aux possesseurs de quitter la possession « de leur héritage pour quelque cause publique, portaient apparemment cette clause, nonobstant toutes « ventes qu'ils en auraient faites précédemment, lesquelles demeurent nulles. La vente étant donc en ce cas « rescindée, l'acheteur a la répétition du prix ; mais lorsque la chose vendue a péri, la vente n'est pas pour « cela rescindée. » Mais cette dernière explication de la loi d'Africain par Pothier, n'est pas acceptable. On chercherait en vain des textes précis pour justifier cette prétendue clause ; s'il en existait, Africain les aurait connus ; il n'aurait pas accordé l'action *ex empto* à l'acheteur puisque la vente serait non existante.

Telle fut l'influence considérable de cette loi 35 d'Africain ; elle ne suffit pas pourtant à rallier la majorité des interprètes. Opposés à l'opinion de Cujas

lui-même, ils ont préféré fournir sur ce texte des conciliations parfois hasardées que d'en accepter le sens naturel avec ses conséquences fâcheuses. Les uns l'ont considérée comme une décision spéciale à un cas de rescision de vente; les autres, comme Perrezius et Antoine Fabre, distinguent deux espèces de pertes fortuites : la perte totale, lorsque la chose vendue n'existe plus *in rerum natura*, a pour effet de faire supporter les risques par l'acheteur. La perte partielle, lorsque l'objet simplement détérioré ou mis hors du commerce ne peut plus être livré *per rerum naturam*, a pour résultat de mettre les risques à la charge du vendeur. La chose existe encore et le vendeur n'est pas absolument parlant, dans l'impossibilité de la livrer; tel est le cas de la confiscation. Cette explication, ingénieuse sans doute, est trop arbitraire pour être acceptée, alors surtout qu'Africain fait de la confiscation un cas fortuit en l'assimilant dans cette loi à un tremblement de terre.

On pourrait aussi justifier le fragment 55 du Digeste par le droit qu'avait le fisc de s'emparer d'un fonds pour une cause d'utilité publique inconnue du vendeur. Dans ce cas, le fonds était considéré comme entaché d'un vice rédhibitoire, et l'acheteur avait l'action rédhibitoire pour se faire remettre en possession du prix déjà payé.

On a voulu donner une autre explication, basée sur la loi 11 *de Act. empti*, mais cette loi n'a pas de valeur, puisqu'elle ne s'applique qu'à un cas d'éviction, et pas à une question de perte fortuite.

M. de Vangerow dit, avec juste raison, que la confiscation est une peine, que celui qui en est passible, par exemple le vendeur, doit exceptionnellement supporter les risques. On comprendrait alors la décision particulière à un cas analogue de la loi 53 d'Africain ; mais il reste à prouver d'une façon certaine que ce texte est relatif à une telle hypothèse.

Quelques auteurs modernes ont cru trouver le clef de cette difficulté dans un autre texte d'Africain lui-même, puisé à la même source que la loi 53, c'est-à-dire dans le livre *des Quæstiones*, et formant au Digeste la loi 59 au titre III^e du livre XLVI (*de solutionibus*), ainsi conçue : « *His consequens esse puto*
« *ut, etiamsi et emptor nummos, et venditor mer-*
« *cem, quod invicem parum fidei haberent, depo-*
« *suerint, et nummi emptoris periculo sint; utique*
« *si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit;*
« *et nihilominus merx quoque, quia emptio per-*
« *fecta sit.* »

Africain, supposant que l'acheteur et le vendeur, poussés par une réciproque méfiance, ont déposé la chose vendue et le prix de vente chez un tiers, décide que cela ne dispense pas l'acheteur de supporter les risques de la chose et du prix dont il n'a pas la répétition.

Ce texte paraît tout d'abord conforme à la maxime *res perit creditori*; Africain semble y faire l'application d'une doctrine absolument opposée à celle de la fameuse loi 53. De ce que la loi 59 est postérieure à l'autre dans les *Quæstiones*, on a prétendu en tirer

un argument décisif, et l'on a considéré la loi 53 comme une comparaison irréfléchie, qui ne contient pas les véritables idées d'Africain sur la question des risques dans la vente. Nous ne croyons pas cependant qu'Africain se soit à ce point contredit dans le même ouvrage, et nous n'admettons pas que la loi 59 puisse être mise en opposition formelle avec la loi 53.

La loi 59 est relative, sans doute, à un cas de perte fortuite; elle fait supporter la perte par l'acheteur, mais le moment où s'est produit le cas fortuit est tout autre que dans la loi 53. Dans cette dernière, il est question d'une perte arrivée avant la tradition, tandis que dans la loi 59 la tradition a été déjà faite; voilà pourquoi la perte, se produisant alors que tout rapport d'obligations a cessé entre l'acheteur et le vendeur, doit être supportée par l'acheteur. La vente, dans l'hypothèse de la loi 59, fait place à un dépôt: le vendeur fait tradition de la chose entre les mains du dépositaire, désigné par l'acheteur pour la recevoir; l'acheteur remet le prix de la vente à ce même dépositaire qui a reçu dans ce but un mandat du vendeur. La vente est dès lors parfaite et réalisée; la perte qui se produit chez le dépositaire est réputée arrivée chez l'acheteur, et la chose périt pour lui parce qu'il est *dominus*, et non pas parce qu'il est créancier.

La loi 59 reste donc en dehors de la discussion, elle laisse intacte la loi 53 avec toutes ses conséquences.

Notre opinion est qu'Africain admettait la maxime *res perit domino*, et faisait supporter la perte par le

vendeur avant la tradition, sauf à savoir s'il faisait de cette règle une application générale ou seulement particulière à certains cas dont la détermination fera toujours le sujet d'interminables hypothèses. Quelle que soit l'autorité d'Africain, nous persistons à croire que la doctrine qui résulte de la loi 55 n'était pas généralement suivie en Droit romain.

A l'appui de cette croyance, Pothier, dont nous avons naguère constaté l'hésitation dans l'attribution de risques, nous dit que la règle *res perit domino* ne reçoit son application que lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose, et non si on oppose le propriétaire débiteur au créancier d'une même chose.

Si nous étudions soigneusement les origines probables de cette maxime, nous la voyons pour la première et unique fois peut-être dans une constitution de Maximien et de Dioclétien, formant au Code la loi 9 de *Pigneratilia actione*, où l'on recherche qui doit supporter les risques d'un objet donné en gage; mais le cas prévu par ce passage est tel que le principe en vertu duquel le créancier supporte la perte, n'est pas en opposition avec la maxime contraire : *res perit domino*, puisque le propriétaire est en même temps créancier.

En dehors de ce texte, rien ne nous montre cette dernière règle formulée en Droit romain où tout semble s'accorder pour reconnaître la prédominance de la règle opposée : *res perit creditori* en matière de vente pure et simple.

En est-il de même dans la vente conditionnelle? C'est ce que nous allons examiner après avoir exposé les principes généraux de la condition à Rome.

§ 2. — *Vente conditionnelle.*

Les diverses clauses conditionnelles d'où les parties peuvent faire dépendre la formation d'un contrat, se réduisent à deux espèces bien plus distinctes dans notre Droit moderne que dans le Droit romain : les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

La condition suspensive retarde la réalisation de la vente jusqu'au moment de son arrivée; si l'objet de la convention fait en cet instant totalement défaut, l'obligation ne peut avoir aucune existence, puisque les éléments nécessaires à la formation du contrat n'existent pas. La loi 14, pr. *D. de Nov.* XLVI. 2. contient cette règle, et nous la retrouverons formulée dans le Code Civil français à l'article 1182.

L'on peut dire par exemple : « *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.* » (§ 4, *de empt. et vend.*), et la condition suspensive d'une vente en ces termes, retarde jusqu'à son arrivée la naissance des droits réciproques des parties. Si la condition se réalise, elle rétroagit jusqu'au moment de la convention.

Dans la vente sous condition résolutoire, l'acheteur n'est pas, comme on l'a dit souvent, vendeur sous condition suspensive; car il n'y a pas deux contrats, mais bien une seule vente, résolue par l'arrivée de la condi-

tion. On sait que les Romains n'avaient admis la condition résolutoire que dans les contrats parfaits *solo consensu*; dans les autres, elle opérait comme terme extinctif, c'est-à-dire *exceptionis ope*.

Les ventes affectées d'une telle condition, étaient mises au rang des ventes pures et simples, dont la résolution était conditionnelle. Ainsi, l'on disait : « Je vous vends Stichus purement et simplement, mais la vente sera résolue si cet esclave vous déplaît dans un délai fixé. »

Une vente avait été contractée sous condition suspensive, quel était, à Rome, l'effet de la perte totale de l'objet par cas fortuit avant la réalisation de la condition? La conclusion est bien simple : le contrat n'existait pas, le vendeur n'était pas obligé de livrer l'objet promis et l'acheteur se trouvait dispensé de payer le prix convenu.

Mais supposons qu'une vente ait été contractée sous condition résolutoire; qui supportera la perte?

Nous verrons plus loin que cette question était controversée : les uns voulaient faire supporter les risques par l'acheteur, les autres, par le vendeur.

Plaçons-nous, au contraire, dans un cas de simple détérioration de l'objet vendu, arrivée avant la réalisation de la condition; les conséquences seront bien opposées : l'objet, pour être endommagé, n'en existe pas moins, et la vente doit recevoir une entière exécution sans réduction de prix. La loi 8 au *D. princ.*, l. XVIII. t. vi, formule cette règle dont le Droit français s'est sensiblement écarté, en accordant à l'acheteur le droit

de résoudre la vente ou de payer la totalité du prix. (1182.)

L'application rigoureuse des principes établit donc entre les deux cas de perte totale et de perte partielle, une distinction fondamentale. L'objet a-t-il totalement péri par cas fortuit *pendente conditione*, la vente est impossible ; le maître supporte seul la perte de l'objet ; *res perit domino*, puisque le maître est le prétendu vendeur. Cette décision se trouve écrite par Paul à la loi 8, *de peric. et comm. rei vend.*, et Cujas la développe en ces termes : « *Quod si pendente conditione*
« *res omnino perierit, periisse non intelligitur*
« *emptori ; periit enim venditori potius, quia et*
« *ipsa emptio venditio omnino perimitur, quasi*
« *contracta sine re, sine merce, sicut stipulationes*
« *et legata conditionalia perimuntur, re perempta*
« *pendente conditione.* »

Supposons, au contraire, que la condition se réalise avant la perte de l'objet : De deux choses l'une, ou la tradition n'a pas eu lieu, auquel cas la perte n'est pas pour l'acheteur, ou la tradition a eu lieu ; et alors la question des risques ne se pose plus, puisque tout rapport d'obligations a cessé.

La perte totale avant l'arrivée de la condition d'où dépend la formation de la vente, est donc uniquement supportée par le vendeur. Mais la perte n'est-elle que partielle, l'objet vendu est-il simplement détérioré par cas fortuit avant l'arrivée de la condition, nous serons régis par des règles bien différentes. L'existence de l'objet détérioré permet au contrat de se former ; les

risques seront pour l'acheteur, de même que dans la vente pure et simple; et comme la rétroactivité de la condition a pour effet de faire considérer l'acheteur comme créancier avant la perfection du contrat, dire *res perit emptori*, c'est dire *res perit creditori*; c'est admettre la prédominance du principe que nous avons établi dans la vente sous condition. Ces conclusions sont nettement établies par la suite de la loi 8 de Paul, citée plus haut : *Sane si extet res, dit-il, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris* », et Cujas continue ces explications en ces termes : « Si « *interim res que venit fiat deterior, damnum illud respiciat emptorem.* » Les textes, d'accord avec les principes, font donc supporter en entier, par l'acheteur, la perte partielle arrivée fortuitement avant la condition.

Il est des circonstances où la détérioration partielle fait résoudre la vente d'un immeuble comme une perte totale, et met les risques sur la tête du vendeur. Nous trouvons, par exemple, dans la loi 57, au Digeste, l. XVIII, t. 1, un passage où Paul décide, après Nératius, la nullité d'une vente, et accorde le droit de répétition du prix à l'acheteur, parce qu'un incendie, ignoré des parties, a fait subir à la maison qui est *in obligatione*, une détérioration supérieure à la moitié de sa valeur. Mais la perte inférieure à la moitié ne dégagera jamais l'acheteur. La loi 18, au même titre, décide également la nullité de la vente d'un champ, dont les arbres, objet principal du contrat, ont été arrachés par la tempête. (*Idem* au Code, loi 2 et loi 8, t. xxxiv.)

Cette attribution du *periculum deteriorationis* à l'acheteur, a été taxée d'injustice par certains commentateurs. Pourquoi faire supporter les pertes partielles par l'acheteur, alors que le vendeur a seul directement souffert de l'accident, alors surtout qu'aucun des droits de l'acheteur sur la chose vendue n'a encore pris naissance? Le principe de rétroactivité de la condition une fois accepté, ne devrait-on pas considérer la vente comme ayant été pure et simple dès son principe, sans distinction de perte partielle ou totale?

Ce raisonnement ne tend à rien moins qu'à établir l'injustice du principe de la rétroactivité de la condition, pour donner la préférence au droit d'option accordé par le Code Civil à l'acheteur entre le maintien du contrat ou sa résolution au cas de détérioration *pendente conditione*.

D'autres auteurs, adoptant des vues tout opposées, prenant pour point de départ cette phrase de Paul : « *Ad emptorem commodum, incommodumque pertinet,* » ne comprennent pas que l'acheteur profite, sans augmentation de prix, des accroissements éprouvés par l'objet vendu, et n'en subisse pas les diminutions par voie de réciprocité. Ceux-ci ne voient rien que de très-naturel dans la règle reproduite par Paul pour le cas de perte partielle avant la condition réalisée; mais ils dirigent leurs critiques contre la règle admise en Droit romain pour le cas de perte totale. Ce qui leur semble injuste, c'est de faire supporter la perte totale, arrivée avant la condition, par le vendeur, puisque l'acheteur profite de tous les avantages.

En présence de ces deux systèmes opposés, reposant chacun sur des arguments sérieux et sur une idée de justice, il semble au premier abord qu'il faille se rallier au dernier afin de conserver une juste réciprocité entre les accroissements et les pertes. Mais, en nous rapprochant du point de vue pratique, nous croyons que le Code Civil a sagement modifié les anciens principes dans les cas de perte partielle. Les chances de détérioration étant bien plus nombreuses que les chances d'amélioration, on a pensé que l'acheteur conditionnel n'a pas toujours l'intention d'accepter une position plus mauvaise que bonne. Mais nous n'allons pas jusqu'à approuver sans réserve cette innovation dont nous verrons plus tard l'insuffisance.

Les partisans du deuxième système voudraient, en cas de perte totale avant l'événement de la condition, mettre les risques à la charge de l'acheteur parce qu'il a de son côté tous les avantages. Mais s'il est dispensé de payer le prix, c'est parcequ'il ne l'avait promis qu'en échange d'un droit de propriété. Le vendeur conditionnel ne pouvant pas fournir l'objet, est libéré par l'arrivée de la condition, et l'obligation de l'acheteur ne rencontrant pas les éléments nécessaires à sa formation, *res et pretium*, s'évanouit d'elle-même. On invoquerait en vain la rétroactivité de la condition pour décider que la vente a été pure et simple *ab initio*, si la condition se réalise, et pour obliger l'acheteur à payer son prix.

L'objet ayant disparu en entier avant que la condition n'arrive, celle-ci ne peut avoir aucun effet ré-

troactif sur une obligation que l'absence d'éléments essentiels empêche d'exister.

§ 5. — *Ventes au poids et à la mesure. — Vente par dégustation. — Vente à l'essai.*

Dans les cas de perte fortuite des marchandises dont la vente se fait d'habitude au poids, au nombre et à la mesure, nous suivrons les règles de la vente simple ou conditionnelle, suivant les circonstances et les modalités du contrat. Une distinction, dont nous retrouvons la trace dans les textes, s'impose donc tout d'abord. (Loi 55; § 5, D. L. XVIII. t. VI.)

Les ventes faites en bloc (*per aversionem*) des choses *quæ numero pondere, mensurave constant*, sont assimilées aux ventes pures et simples, puisque la masse vendue ne forme qu'un tout bien distinct, alors même qu'elle se composerait d'un ensemble de choses fongibles pour lesquelles la question des risques n'est pas en jeu; et la perte partielle ou totale se trouve, dès la fixation du prix, à la charge de l'acheteur créancier; *res perit creditoris*. (Loi 62, § 2, t. 1, de *contrah. empt.* l. 1, Ulp. l. 27, *ad Sabinum*.)

Dans les cas où la vente de choses fongibles s'est faite à tant la mesure, la formalité seule du pesage et du mesurage déterminera nécessairement le prix total, et rendra la vente parfaite. Le *periculum interitus* de ces objets, arrivé avant le mesurage, sera supporté par le vendeur puisqu'il n'y a pas encore vente complète, et que le futur acheteur n'est pas encore créan-

cier; ce dernier est même dispensé du *periculum deteriorationis*, comme cela résulte des lois 2 au Code de *peric et comm. rei vend.* (L. 4, t. 48, l. 5, D. l. xviii, t. 6.), et en particulier des expressions *omne periculum*, employées par Gaius dans le § 7 de la loi 35 au D, l. xviii, t. 6, mais la vente au poids et à la mesure, quoique imparfaite *ab initio*, n'en existe pas moins; les parties sont réciproquement engagées, et nous considérons comme contraire aux principes généraux de dégager l'acheteur de la perte partielle, puisqu'il n'y a ici d'indéterminé que la quotité ou la quantité des marchandises. On a voulu sans doute établir pour les ventes dont nous parlons, la même règle que pour la vente *ad gustum*; mais l'assimilation est injuste, puisque cette dernière n'est avant la dégustation qu'un simple projet perfectible au gré de l'acheteur; c'est une vente avec clause *si voluero*. (Fr. 1 et 4, pr., § 1, D. l. xviii, t. 6.)

Les ventes à la mesure sont donc accompagnées d'une sorte de condition suspensive; c'est la formalité du mesurage qui détermine la perfection du contrat, la quotité du prix, et le passage des risques de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur.

L'intention des parties détermine généralement si la vente est en bloc ou à la mesure, elle est en bloc si on est convenu du prix pour le tout; elle est au poids ou à la mesure, si l'idée du pesage ou du mesurage sert de base au contrat. Supposons une vente d'un fonds déterminé dont on a déclaré la contenance exacte, avec fixation d'un prix unique; c'est un contrat pur

et simple avec risques pour l'acheteur *ab initio*; mais avec faculté pour lui d'intenter l'action *ex empto*, si la formalité du mesurage démontre que la surface vendue est inférieure à la déclaration du vendeur.

Au contraire, en cas de vente d'un champ déterminé à tant la mesure, ou de tant de mesures à prendre dans un fonds désigné, nous aurons un contrat conditionnel jusqu'au mesurage parce que la chose et le prix sont incertains, et les risques seront jusque-là pour le vendeur. (Loi 15, § 14 D. *Act. empti et vend.*)

Pour la vente *ad gustum*, dont nous avons déjà dit un mot, nous distinguerons encore :

La chose vendue avec clause *ad gustum*, est-elle *une species*, par exemple tel baril d'huile ou de vin désigné; le contrat est parfait avant la dégustation elle-même, les risques sont pour le vendeur en cas de perte totale, pour l'acheteur en cas de perte partielle. L'idée des parties a-t-elle été de ne conclure une convention qu'après la dégustation, et c'est le cas le plus fréquent, le vendeur supportera jusqu'à ce jour tous les risques, puisque « *gustus ad hoc proficit ut improbare liceat.* »

Ces mêmes principes de la vente conditionnelle seront applicables à la vente à l'essai qu'il ne faut pas confondre avec la vente conditionnelle. Comme elle, elle peut être suspensive ou résolutoire, c'est vrai; mais elle en diffère en ce que pour éviter de faire indéfiniment supporter les risques par le vendeur, les parties doivent assigner un terme à l'essai. (§ 5 aux Institu-

tes.) On croirait voir dans la vente à l'essai une condition potestative, mais ce n'est pas absolument exact, car si le contrat n'a pas lieu, c'est en réalité parce que la chose est impropre à l'usage de l'acheteur.

L'on doit distinguer soigneusement si la vente à l'essai est sous condition suspensive ou sous condition résolutoire (L. 3 D., l. 18, T. 1), car au premier cas les risques avant l'approbation seront pour le vendeur; ils seront pour l'acheteur au second cas.

4° *Pactes accessoires du contrat de vente en Droit romain.* — Nous étudierons sous ce titre l'*in diem addictio* et la *lex commissoria*, dont le principal effet était de rendre la vente conditionnelle d'une façon suspensive ou résolutoire. La *lex commissoria*, ou pacte commissoire accordait au vendeur la faculté de reprendre l'objet vendu, en cas de non paiement. On avait admis cette clause en Droit romain, où l'on ne reconnaissait pas comme en Droit français le droit de résolution du vendeur pour cause de non paiement. Jointe à la *lex commissoria*, la vente était pure et simple, sauf convention contraire, mais sa résolution était conditionnelle. (Ulpien L. 1, D. de *Lege commiss.* 18, 3.) Si la condition ne se réalisait pas, la perte partielle ou totale était supportée par l'acheteur.

Par l'*in diem addictio*, le vendeur se réservait le droit de disposer de l'objet vendu, s'il en trouvait un prix supérieur dans un délai déterminé. (Loi 4, § 5, D., de *in diem add.*, loi 2, § 1, id.) La vente avec *in diem addictio* était également réputée pure et simple, avec résolution conditionnelle; les risques étaient

pour l'acheteur si la résolution n'avait pas lieu. Mais les parties pouvaient ajouter à la vente *sub conditione*, la clause *d'in diem addictio* ; auquel cas elle était résolue de plein droit par l'arrivée d'un acheteur plus avantageux, et l'on distinguait pour l'attribution des risques entre la perte totale et la perte partielle.

Mais comment se résolvait dans ces deux pactes la question des risques, lorsque la perte arrivait *pendente conditione*, et que le condition se réalisait plus tard ?

Primus, par exemple, vend son cheval purement et simplement à Secundus, mais avec cette restriction que la vente sera résolue *si navis ex Asia venerit*. Or, le cheval meurt avant que la condition ne soit réalisée, et le vaisseau arrive bientôt après. La perte du cheval sera-t-elle supportée par Primus ou par Secundus ? Tel est l'intérêt de la question. Mais hâtons-nous de dire qu'elle ne peut trouver place que dans les ventes sous condition purement casuelles où le vendeur ne dispose pas à lui seul de l'existence du contrat comme dans la condition potestative. Dans cette dernière, les risques sont toujours pour l'acheteur parce que tout dépend de lui.

La généralité des auteurs, établissant une distinction, fait supporter le *periculum interitus* par l'acheteur, le *periculum deteriorationis* par le vendeur. Ils se basent sur la complète interversion des rôles, opérée d'après eux par la résolution conditionnelle, et qui fait de l'acheteur sous condition résolutoire un vendeur sous condition suspensive, du vendeur sous condition résolutoire un acheteur sous condition suspensive ; ce qui revient à métamorphoser la vente pure et

simple en une vente conditionnelle pour faire supporter le *periculum deteriorationis* par l'acheteur conditionnel qui est dans notre cas le vendeur. On tire argument pour soutenir ce système des lois 13 au D., *de statu liberis*, et 36 au D., *de rebus creditis*.

Ce renversement des principes juridiques et de la réalité des faits est justement critiqué par les partisans d'un système inverse, qui ne comprennent pas que la vente, une *ab initio*, se dédouble pour former deux contrats distincts dont l'un s'éteint et se trouve remplacé par un autre d'une nature différente.

Le dernier système auquel nous nous rallions, attribue à l'arrivée de la condition résolutoire un effet absolu qui remet les choses dans l'état où elles étaient avant la vente, considérée comme n'ayant jamais existé; il fait supporter la perte par le propriétaire, c'est-à-dire par le vendeur dont le droit à recevoir le prix s'éteint avec le contrat.

La loi 2, § 1 au D., l. XVIII, t. 2, semble, il est vrai, contraire à ces principes, en accordant à l'acheteur pur et simple avec clause d'*in diem addictio*, le droit d'usucaper, de recueillir les fruits et le devoir de supporter la perte; mais, s'il en est ainsi, c'est, d'après la loi suivante de Paul, parce que « *post interitum rei jam nec afferri possit melior conditio.* » Sans doute, Pomponius, loi 2, liv. 18, t. 3, D., met lui aussi dans un cas analogue les risques à la charge de l'acheteur, mais il fournit de cette décision des explications si minutieuses que l'on y voit une dérogation évidente à la règle. Il a pour but d'enlever à l'acheteur la faculté de

faire arriver ou d'empêcher à son gré la condition.

Aussi, dans les cas où la condition pourra se réaliser malgré la perte totale de la chose, nous rentrerons dans l'application de la règle dont les deux lois du Digeste sont les exceptions, et nous ferons supporter la perte par le vendeur.

SECTION II

Du Louage

Gaius et Justinien nous disent que le louage a de grandes affinités avec la vente : « *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit.* » Ces règles, nous les connaissons ; inutile de les étudier. Deux parties s'obligent réciproquement, une somme d'argent est due sous le nom de *merces*, le débiteur de l'objet loué prend le nom de *locator*, le créancier celui de *conductor* ; enfin, comme la vente, le louage est parfait dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix. Il serait cependant dangereux de voir entre ces deux contrats une parfaite analogie ; différant de nature, ils diffèrent aussi de principes.

C'est à cause de la nature spéciale du contrat de louage que la théorie des risques amène à des solutions toutes différentes de celles de la vente. Le bailleur doit « *prestare conductori uti, frui, licere,* » et cette obligation doit se perpétuer à chaque instant jusqu'à la fin du bail. Le prix dû par le locataire se trouve

fractionné en une foule de parties futures et incertaines, correspondant à chaque jour de service fourni par l'objet. Aussi, a-t-on assimilé le louage à une vente de choses futures et incertaines et dispensé le locataire de payer la *merces*, dès que le but du contrat ne se trouve plus réalisé. Le louage n'ayant pas pour effet de transmettre la propriété de la chose au locataire, il n'a sur sa tête ni les risques, ni les accroissements qui vont au locateur, malgré la perfection du contrat. De même que, si la chose future, objet d'une vente, vient à périr, la vente est sans effet ; ainsi, en cas de perte de la chose louée, le locataire ne doit pas la *merces* et en a même la répétition. (D., l. 19, § 6, l. 53, 54, l. 19, t. 2.)

Il y a deux espèces de louages : la *locatio conductio rerum*, ou louage de choses, et la *locatio conductio operarum*, ou louage d'industrie, qui se subdivise en louage d'ouvrages et louage de services.

§ 1. — *Locatio conductio rerum.*

Les risques de la chose louée sont supportés par le propriétaire locateur, puisque la chose perdue lui appartenait, et qu'avec elle cesse le droit au prix, lequel n'est dû qu'en proportion de l'usage fourni. La loi 53 au Digeste, l. XIX, t. II, met en jeu cette théorie bien différente de celle des risques dans la vente. En cas de perte totale, le locataire ne doit pas le prix et ne supporte pas les risques ; en cas de perte partielle, il

ne doit que le prix correspondant à la durée de sa jouissance. (Loi 9, § 1 — 15, § 1, l. XIX, t. II.)

Le contrat de louage est successif, c'est-à-dire qu'il se décompose en autant d'obligations pour le locateur qu'il y a d'instantants dans sa durée : la vente est, au contraire, complète dès l'accord des volontés; le locataire est donc libéré dès que cesse sa jouissance. Si donc le bailleur supporte la perte, si l'on dit *res perit domino*, c'est parce qu'il est tenu de garantir « *ut debitori frui liceat* ; » mais il serait faux de conclure que cela porte atteinte au principe *res perit creditori*.

Le bailleur, tenu de sa faute, supportant seul la perte fortuite, n'en répond pas en ce sens qu'il soit obligé de payer au locataire des dommages intérêts pour la privation de sa jouissance. (Fr. 9, § 1 et 4. Fr. 30, D. l. XIX, t. II)

Ces principes expliquent aussi la réduction en apparence injuste, accordée au fermier dans le prix du bail, en cas de perte d'outre moitié par suite de grêle ou d'ouragan.

La loi 15, § 2 au Digeste, *loc. cond.* fait à ce propos une judicieuse classification des dommages pour l'attribution définitive des risques. Le dommage imprévu et inévitable « *vis cui resisti non possit*, » est supporté par le propriétaire obligé de subir une réduction proportionnée aux dommages.

Les pertes inévitables, mais que le fermier a dû prévoir lors du contrat, ne lui donnent pas droit à réduction; il les supporte en entier. Enfin, celles qui ne

sont pas « *extra consuetudinem*, » qui ont été prévues, mais dont les effets ont atteint des proportions désastreuses, retomberont sur le propriétaire.

Ces décisions se trouvaient heureusement tempérées dans la pratique par le droit accordé au bailleur de faire compenser les pertes du fermier par l'excédant de récolte des années au-dessus d'une bonne moyenne.

§ 2. — *Locatio operarum*. (*Louage d'industrie*.)

Le louage d'industrie se subdivise, avons-nous dit, en louage d'ouvrages et louage de services.

1° Le *louage d'ouvrages* présentant de nombreuses hypothèses d'une frappante analogie avec le contrat de vente, la pratique admit de bonne heure une distinction fondamentale.

L'ouvrier fournissait-il, avec son travail, la majeure partie des matériaux, autres que le bois et la pierre, comme il résulte de la loi 22, § 2 au D. 1. XIX, t. II; le contrat était considéré comme une vente d'une chose future; l'ouvrier débiteur se trouvait libéré par la perte fortuite. Mais comme la chose promise manquait pour la formation définitive du contrat, l'ouvrier n'avait droit au paiement que pour une fraction correspondant à son travail inachevé, c'est-à-dire qu'il supportait les risques avant la livraison.

Les matériaux étaient-ils la propriété du *locator*, l'ouvrier ne fournissait-il que la main-d'œuvre, ou les petits matériaux tels que le bois et la pierre, comme il résulte de la loi 22 de Paul au Digeste; c'était un cas

de louage proprement dit, qui pouvait présenter divers caractères.

Ainsi, le marché pouvait avoir pour objet le travail de tel ouvrier, déterminé, dont la spécialité, les aptitudes, l'expérience, offraient une garantie de bonne exécution. Dans ce cas, la mort de l'entrepreneur équivalait à la rupture du contrat, puisqu'il ne pouvait pas être remplacé par le premier venu. Mais c'était toujours un louage d'ouvrages à l'entreprise, avec acceptation en bloc lors de l'achèvement, s'il avait été fait *per aversionem*, avec acceptation par portions distinctes si telle était la convention.

On appliquait pour les risques dans la *locatio operarum* les mêmes principes que pour la *locatio rerum* : la perte fortuite avant la remise de l'ouvrage était supportée par le *conductor*, c'est-à-dire par l'ouvrier. Cette décision se trouve au titre du louage à la loi 36 qui nous apprend en même temps que l'ouvrier peut transporter les risques sur la tête du *locator* propriétaire en prouvant que l'accident n'a eu d'autre cause que le cas fortuit ou la force majeure.

La loi présume donc la faute de l'entrepreneur ou le mauvais emploi des matériaux, mais autorise la preuve contraire; Javolénus et Africain nous le disent aussi dans les fragments 37 et 53 au Digeste, au titre du louage.

D'autres fois le contrat a pour but l'achèvement d'un travail déterminé sans considération de personne; la construction d'une maison, par exemple, d'après un plan voulu, et devant être acceptée à la fin

des travaux. La mort de l'entrepreneur n'empêcherait pas ici le marché de se continuer avec ses héritiers ou successeurs.

C'est l'entreprise proprement dite qui se fait soit pour le tout, *per aversionem*, soit *per partes*. Au premier cas, les risques pèsent sur le *conductor*, même après l'achèvement, jusqu'à la réception de l'œuvre par le *locator*, à moins que ce dernier ne soit mis en demeure de recevoir, et sauf la preuve contraire du cas fortuit, autorisée par la loi 36 où se trouvent nos importants principes. « *Opus quod aversione locatum est, donec adprobaretur, conductoris periculum est.* »

Dans le second cas d'entreprise *per partes*, les risques de chaque portion de l'ouvrage ne passaient au propriétaire qu'au moment de l'acceptation : « *Eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit.* »

De l'importante décision qui autorise l'ouvrier à prouver le cas fortuit, nous concluons que l'entrepreneur ne répond pas du cas fortuit, mais seulement de sa faute, légalement présumée, et qu'il doit prouver la force majeure à laquelle est attribué le dommage ou la faute du propriétaire. En un mot, nous concluons que les risques de la perte fortuite sont presque toujours à la charge du *locator*.

Une autre loi, digne de remarque, dégage la responsabilité de l'entrepreneur, lorsque le propriétaire a gardé par devers lui la direction de l'ouvrage.

2° *Le louage de service* est le contrat qui intervient

entre le maître et les ouvriers ou domestiques pour la prestation de leurs services pendant une période déterminée.

Le salaire est dû à l'ouvrier en proportion de la durée de son travail. Les risques provenant du défaut de services sont donc à sa charge. La loi 38, au Digeste, l. XIX, t. II, présente une importante décision : « *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas præstet. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.* »

Paul nous dit dans ce texte que le serviteur a droit à tout son salaire s'il a fourni tout son service, ou si l'interruption qu'il y a mise a une cause indépendante de sa volonté. Remarquons en passant la protection accordée aux avocats, qu'une force majeure a réduits au silence.

Comment interpréter cette loi en cas de maladie ? Les mots : « *si per eum non stetit* », nous autorisent à penser que la cause du repos venant de la personne même de l'ouvrier, il n'a pas droit à la *merces*. Toutes les fois que le maître lui doit le prix, il peut, en vertu de la loi 19 à notre titre, retenir la valeur du profit que l'ouvrier a pu réaliser ailleurs pendant la durée de son engagement.

5° Un mot en terminant du louage de transport dont l'importance était tout aussi considérable en Droit romain qu'en Droit français. Ce qu'il y a de remarquable dans ce genre de contrats, c'est le transfert de pro-

priété qui s'opère entre le *locator* et le *conductor*. Ce dernier se trouve propriétaire des choses fongibles, confiées à ses soins pendant toute la traversée. La loi 51 et le paragraphe 8 de la loi 57 au Digeste, l. XIX, t. II, sont relatifs à ce louage, et le premier de ces textes établit une distinction essentielle entre les choses fongibles et les objets qui doivent être individuellement rendus. Le *conductor* répond de sa faute en ce qui concerne ces derniers ; mais la preuve faite par lui de la perte par cas fortuit le dispense de supporter les risques.

§ 3. — *Emphytéose.*

Nous trouvons au titre du louage, des Institutes, un texte formant le paragraphe 3, où Gaius s'occupe de l'hypothèse où la jouissance perpétuelle d'un fonds de terre (*praedium*) est livrée à quelqu'un, sous la condition de payer une redevance périodique au propriétaire. On s'était longtemps demandé s'il fallait voir dans cette convention une vente ou un louage. Gaius se faisant l'interprète de la majorité des jurisconsultes, la regarde comme un louage : « *Magis placuit locationem conductionemque esse.* »

L'intérêt de cette question se fait principalement sentir lors de l'attribution des risques au cas d'une perte fortuite du fonds ou des récoltes.

Le preneur est-il un acheteur, il subira les risques ; est-il simplement un locataire ? il ne les supportera pas.

Le paragraphe 3 des Institutes nous apprend en même temps que Zénon détermina le premier, dans une Constitution spéciale « *Zenoniana lex* » la nature particulière de ce contrat, le distingua sous le nom d'Emphytéose soit de la vente, soit du louage, et lui donna des règles et des actions spéciales.

C'était bien, en effet, une opération *sui generis*, très usitée au cinquième siècle parmi les riches patriens, désireux de se créer des fermiers perpétuels et héréditaires, et ce fut une des bases du régime féodal. L'Emphytéote jouissait de droits considérables, droits réels et droits d'interdits, moins étendus que ceux du propriétaire par suite d'achat, mais beaucoup plus importants que ceux du locataire.

En cas de perte fortuite, qui supportait les risques? Gaius nous l'apprend encore au paragraphe 3 des Institutes, et les principes admis en cette matière participaient à la fois du louage et de la vente. On distinguait entre la perte totale qui dissolvait le contrat, comme la perte dans le louage, et la simple détérioration qui laisse subsister la chose et le contrat.

La perte totale amenait l'application de la règle *res perit domino* parce que, disait-on, le propriétaire ne pouvant plus procurer la jouissance du droit de l'emphytéote, celui-ci ne doit plus le prix qui est dû *in recognitionem domini*. C'était le principe admis pour le louage.

La perte partielle laissant subsister les éléments du contrat, et l'emphytéote ayant encore la faculté de posséder, d'acquérir les fruits à venir, d'exercer ses

droits malgré la perte partielle, doit en toute justice supporter les détériorations sans prétendre obtenir aucune diminution de sa redevance annuelle. (Inst § 5, l. 3, t. xxiv.)

SECTION III

Société

Le contrat de société est l'accord de plusieurs personnes qui mettent en commun l'usage ou la propriété d'une ou de plusieurs choses, ou seulement leur travail et leur industrie, dans le but de s'en partager les bénéfices. Les Institutes divisent ces opérations en sociétés de tous biens et sociétés en vue d'une opération spéciale. (Ulp. loi 5, D, *pro socio*.)

On connaissait à Rome : les sociétés *omnium bonorum*, défendues en Droit français, si ce n'est en mariage ; *omnium questuum et alicujus, negotiationis* avec une somme d'argent pour apport, *alicujus rei*, pour l'exploitation d'une usine ou d'une machine, enfin, la société *vectigalis* pour le prélèvement des impôts au nom de l'Etat.

Il fallait dans ces divers contrats, un apport immatériel ou matériel représentant une valeur pécuniaire comme base des spéculations, (Loi 5, D, § 2. l. 17, t. II.) et dont on transmettait à la société soit la pleine propriété, soit la simple jouissance.

L'absence de clause faisait supposer l'apport du droit d'usage seulement, toutes les fois qu'il s'agissait de choses ne se consommant pas par l'usage. Le degré de

responsabilité déterminé par *la culpa levis in concreto*, rendait l'associé responsable jusqu'à la faute qu'il n'aurait pas commise dans ses propres affaires, et limitait les cas de perte par force majeure.

Le contrat avait-il en vue l'exploitation, ou la vente de choses dont la pleine propriété formait l'apport de la société, il était assimilé à une vente, dans laquelle la société jouait le rôle d'acquéreur, les associés celui de vendeurs. N'avait-on voulu mettre en commun que l'usage ou les fruits, l'opération était assimilée à un louage. La question des risques en cas de perte fortuite des apports, subissait l'influence de ces deux principes et recevait dans le premier cas la solution de la vente, dans le second celle du louage. Un long texte d'Ulpien, formant au Digeste la loi 58 *pro socio*, contient l'application de ces principes à une hypothèse de société pour l'exploitation d'un quadrige; Pothier a analysé ces diverses solutions, et les a adoptées, en se basant dans tous les cas sur l'intention présumée des parties. Ainsi lorsque l'on apporte à la société l'usage d'un objet ou son habileté personnelle, il y a assimilation avec le louage. En cas de perte fortuite ou d'impossibilité de continuer ses services à la société, l'associé, comme le locateur, subira la perte partielle ou totale, il ne recevra plus son dividende, puisqu'il ne procure plus la jouissance de l'apport. Toutes les fois que l'apport a pour effet de rendre la société propriétaire de la chose à exploiter, l'associé en est réputé vendeur et déchargé comme tel de supporter les risques, puisqu'en matière de vente ils ne regardent que l'acheteur. La société

tout entière contribuera à la perte, l'associé, dont l'apport n'existe plus, recevra sa part de bénéfices et réduira d'autant celle de ses coassociés.

Ainsi, de même que l'acheteur supporte le cas fortuit avant la tradition de l'objet vendu, la société subira la perte de la chose destinée à être mise en commun, alors même que l'apport n'aurait pas été effectué. Tel est du moins l'avis de Pothier, dont les décisions se basent uniquement sur l'intention des associés. Un mot du texte d'Ulpien relatif à la mise en commun d'un quadrigé, a fait surgir des contradicteurs de ce système. Après avoir décidé que la mort de l'un des chevaux avant la vente du quadrigé dissolvait la société lorsque cette vente formait le but principal du contrat, le jurisconsulte ajoute : « *cæterum, si id actum dicatur ut quadriga fieret, eaque communicaretur, utrique in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubiè adhuc socii sumus.* » L'on a voulu attribuer à l'expression *communicaretur* un sens tout à fait absolu d'après lequel les risques ne deviendraient communs à tous les associés que si la tradition du cheval avait été opérée avant sa mort.

Il n'y aurait donc plus assimilation parfaite entre la perte dans la société et la perte dans la vente; dans celle-ci l'objet perdu avant la tradition est à la charge de l'acheteur, dans la société, il ne serait à la charge de l'association qu'après la remise en nature par la tradition. Une traduction plus juste de ce verbe, suffit pour éviter ces trop nombreuses complications; *eaque communicaretur* doit être ainsi entendu : s'il a été

décidé que la formation de la société n'aura d'autre but que la réunion d'un quadrige, dont la société aura la pleine propriété.

Lorsque l'apport à effectuer consiste en une quantité de choses indéterminées *in genere*, comme tant de sacs de blé de telle qualité ou telle somme d'argent, la perte de ces quantités arrivée avant la remise à la société ne peut pas être supportée par elle. Le futur associé doit en fournir une quantité semblable d'une égale valeur, et sera seul victime de l'accident. La loi 58, § 1, au Digeste, *pro socio*, fait pourtant certaines distinctions : ainsi la perte a-t-elle eu lieu au moment où l'associé voyageait pour aller faire la remise de la somme d'argent à la société, l'apport est réputé effectué et la société supporte les risques ; nous déciderions de même si l'associé dont l'apport n'a pas encore été remis perdait son argent en allant l'employer pour le compte de la société. Un autre texte formant au Digeste la loi 52 de notre titre, autorise l'associé à réclamer une indemnité à la société pour toutes les pertes fortuites qu'il aura subies en gérant les affaires de la société.

Tout se résume donc dans ce contrat dans la double interprétation qui peut lui être donnée par les parties elles-mêmes ou d'après les circonstances, et dans l'application aux solutions diverses des deux règles de la vente et du louage.

CHAPITRE III

RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES INNOMMÉS

SECTION PREMIÈRE

Nature des Contrats innommés

Avant d'aborder la question des risques dans les contrats innommés, il est indispensable de se faire une idée bien nette de leur nature. Les lois civiles romaines n'avaient pas prévu les nombreuses conventions qui, sous le nom de pactes, devaient leur origine et leurs caractères spéciaux, soit aux nécessités du moment, soit au caprice des contractants. Le consentement, suffisant pour créer ces opérations, ne l'était pas pour en maintenir l'existence, car il manquait la sanction que la loi accordait aux contrats nommés ; aussi le mauvais vouloir de l'une des parties pouvait les faire échouer. Les jurisconsultes imaginèrent, pour combler cette lacune, de considérer comme un lien juridique le commencement d'exécution de la convention, et de la sanctionner par des actions *in factum* (loi 1 et 2, D., l. XIX, t. v.), ou par des actions empruntées aux contrats nommés les plus rapprochés. Les proculéïens proposèrent au contraire l'usage invariable de l'action *præscriptis verbis*.

Bientôt, on tendit à assimiler aux contrats nommés,

ces contrats, appelés innommés à cause de leur nature variable; pour remédier à la diffusion qu'entraînait l'appréciation des caractères propres à chacune de ces conventions, Paul les classa tous dans les quatre catégories désignées par les locutions suivantes : « *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* » (Loi 5, D., l. XIX, t. V.)

Dans la loi 5 au D., l. XIX, t. V, où se trouve la remarquable classification des contrats innommés, Paul cite une foule d'exemples de pareilles opérations, et les sanctionne par des actions *in factum* ou par la *condictio causa data causa non secuta*. La question des risques était ordinairement envisagée dans les contrats innommés comme dans les contrats nommés qui présentaient la plus grande analogie.

SECTION II

§ 1. — Contrats innommés *do ut des*. — Échange.

Nous trouvons dans le paragraphe 1^{er} de la loi 5 au D., l. XIX, t. V, le plus important comme le plus fréquent des contrats innommés : c'est l'échange, dont l'analogie avec la vente est telle que dans les civilisations primitives, dépourvues du système monétaire, la vente et l'échange se trouvaient confondus. On s'était tout d'abord demandé à Rome si le prix de la chose vendue pouvait ne pas consister dans une somme d'argent; et Paul fait allusion à la solution négative adoptée en disant « *quia non placet permutationem rerum emptionem esse.* »

L'échange ayant une grande affinité avec la vente, en a presque tous les effets; par exemple en cas d'éviction. Mais la vente se forme *consensu*, tandis que l'échange se forme *re* par un commencement d'exécution. Il n'y a pas de *vinculum juris* si l'une des parties n'a pas exécuté son obligation, d'où l'on pourrait conclure à certaines différences entre la vente et l'échange en matière de perte fortuite. Aussi, existe-t-il sur ce point deux opinions bien tranchées dans la doctrine.

Dans la vente, les risques sont pour l'acheteur dès l'accord des deux volontés, puisque le contrat est parfait et définitif. Dans l'échange, il en est autrement, car celui qui a exécuté son obligation, a le choix entre l'action *præscriptis verbis*, pour demander l'exécution de la convention, et la *condictio causa data causa non secuta*, pour demander la nullité de l'obligation et la restitution de l'objet déjà livré.

Si la perte fortuite de l'objet arrive avant toute exécution, il n'y aura pas de contrat faute d'éléments, pas de rapports d'obligations et perte pour le *dominus*.

La chose non livrée périt-elle après un commencement d'exécution de l'autre partie, celle-ci ayant rempli son obligation, peut réclamer la perfection du contrat. Il est donc bien difficile de savoir si la perte sera supportée par le créancier ou par le débiteur qui n'a pas exécuté.

La loi 5, § 1, *in fine*, l. XIX, t. v, nous dit : « *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit; ac tu duntaxat culpam præ-*

tare debes. » Paul veut dire par là que dans le cas où l'un des coéchangistes a livré l'objet promis, et que l'autre a ensuite perdu celui qu'il devait livrer, le premier n'aura pas de répétition, et ils seront tous deux libérés, car la perte de l'objet par cas fortuit est assimilée à sa livraison. Cette décision paraît basée sur la loi 10 au Code, liv. IV, t. x. Paul envisage donc l'échange au même point de vue que la vente, et met en pratique la règle *res perit creditori*.

Celse, au contraire, donne dans la loi 16 au D. de *condictione causa data, causa non secuta*, une solution toute opposée : « *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus proportionem emptionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum, et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum : quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares.* »

L'espèce étudiée par Celse est à peu près la même que celle de Paul ; mais sa décision est différente. Il voit là un simple contrat innommé, donnant naissance à la *condictio causa data, causa non secuta*, et au droit de répétition du prix en cas de perte de l'objet encore dû. D'où nous concluons qu'il adoptait la règle *res perit domino*. On a donc opposé Celse à Paul pour faire dominer ce dernier brocard.

Les principes généraux du Droit confirment l'opinion de Paul, et l'on ne peut douter que les risques fussent à Rome pour le créancier coéchangiste, en ce sens qu'il ne pouvait répéter ce qu'il avait donné, en cas

de perte fortuite de l'objet qu'il attendait en retour.

On a souvent voulu concilier les deux textes de Paul et de Celse. On a d'abord dit que les juriconsultes romains n'étaient pas d'accord sur les actions à employer pour les contrats innommés; que les Proculéiens accordaient l'action *præscriptis verbis*, qui obligeait la partie encore débitrice à exécuter la convention déjà irrévocable par le fait de l'autre échangeur, ou la *condictio ob rem dati*, qui entraînait la restitution de l'objet déjà remis, si la perte fortuite était imputable à la faute du débiteur; tandis que les Sabinéens accordaient l'action du contrat nommé qui offrait le plus d'analogie. Celse, proculéien, aurait décidé contre eux en accordant la *condictio*, même en cas de perte fortuite, ce qui rejetait les risques sur la tête du débiteur.

Quant à Paul, il admettait la doctrine *res perit creditori* parce qu'il pensait que les contrats innommés équivalaient aux contrats nommés, et qu'ils étaient sanctionnés par l'action civile *præscriptis verbis*, qui permettait d'obliger l'autre partie à parfaire le contrat. Ainsi, du moment que l'on regardait l'échange comme perfectible *ab initio*, il fallait décider la question des risques comme en matière de vente.

Cette interprétation des deux lois ne manquerait pas de vraisemblance; mais elle a le tort d'étendre la *condictio* au cas de perte par cas fortuit, sans mettre des textes à l'appui de cette innovation, et de se débarrasser trop cavalièrement de la loi 16 de Celse, en la regardant comme le produit d'une inadvertance des rédacteurs.

■ Nous préférons la conciliation de M. Vangerow. D'après lui, Celse prévoyait l'hypothèse où l'esclave Stichus était mort avant la remise de la somme d'argent par l'autre partie. Cette mort empêche le contrat de se former faute d'éléments essentiels, et l'absence de rapports d'obligations autorise la règle *res perit domino* en même temps que la répétition de l'objet déjà livré.

■ Paul parlerait au contraire d'un cas où l'esclave Stichus, encore vivant au moment de la remise des coupes, serait mort postérieurement. Les mots : « *Si mortuus est Stichus,* » du texte de Celse, signifient : si l'esclave est mort, et non : s'il vient à mourir, car pour traduire cette dernière idée, il aurait fallu dire : « *Si mortuus sit* ou *si morietur.* » Dans l'hypothèse de Paul, l'existence de l'esclave permet au contrat de se former, et les risques sont pour le créancier co-échangiste, parce que toute répétition est devenue impossible après le commencement d'exécution.

■ Le même raisonnement dissipe l'embarras auquel donne lieu la différence que Celse établit entre la vente et l'échange. En effet, la vente étant parfaite *ab initio*, au cas de perte fortuite, même avant l'exécution partielle, les risques sont supportés par le créancier. L'échange ne se formant que par l'exécution, *re*, la perte fortuite de Stichus après la convention, mais avant le commencement d'exécution, empêche le contrat de naître et permet de dire *res perit domino*.

■ Mais dans tous les cas où la perte de l'objet n'a lieu qu'après la formation de l'échange, la règle *res perit creditori* reçoit son application, car la règle *impossi-*

bilium nulla est obligatio assimile la perte fortuite à la livraison par le débiteur.

Qu'arriverait-il si la perte par cas fortuit détruisait, non plus l'objet encore dû, mais celui qui a été livré? Le coéchangiste qui s'est acquitté aurait le choix, d'exiger la perfection de la convention par la remise de l'objet ou la restitution de l'objet détérioré.

§ 2. — *Contrats innommés do ut facias.*

La seconde hypothèse de contrats innommés, contenue dans le § 2 de la loi 5 au D., l. XIX t. V, est assimilable à un louage lorsque la chose que l'on veut obtenir est susceptible de faire l'objet d'un louage; elle est assimilable au mandat, lorsque le but du contrat ne pourrait pas donner naissance à un louage; « *quod si tale est factum, quod locari non possit,* » comme le fait de rendre la liberté à un esclave. Mais Paul n'étudie pas la question des risques; il faut se reporter pour sa solution à la loi 5 § 3 au D. *de conditione causa data causa non secuta*. Nous y lisons : « *Sed si accepit pecuniam, ut servum manumittat, isque fugerit priusquam manumitteretur; videntum an condici possit, quod acceperit?* » Voici les solutions : si la fuite de l'esclave a été le seul obstacle à son affranchissement, la condition est impossible et les risques sont pour le créancier, car la règle *impossibilium nulla est obligatio* libère le débiteur. Mais si l'esclave est rentré en possession du débiteur, et que celui-ci se refuse à l'affranchir, il doit rendre l'ar-

gent au prétendu mandant en vertu de la *condictio causa data causa non secuta*. Le § 5 de cette loi 5 décide *in fine* que les risques seront quelquefois partagés : « *Nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret : tunc enim non est æquum, eum et servo et toto pretio carere.* »

§ 5.

Il existait à Rome un contrat innommé d'une nature particulière, on le désignait sous le nom d'*æstimatorius*. (Loi 15 D. de *præscriptis verbis*.) Il est étudié par Ulpien, au point de vue des risques, dans le § 1^{er} de la loi 17 au D. l. XIX, t. v. « *Si margarita tibi æstimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut petium eorum, deinde hæc perierint ante venditionem, cujus periculum sit?* » Je donne des diamants à une personne en lui disant : « Ils valent cent sous d'or; si vous les vendez vous me remettrez cent. » Dans le cas de vente à un prix supérieur le bénéfice est pour le mandataire. Ce serait un mandat si ce bénéfice aléatoire ne lui en enlevait le caractère. Les risques sont ici soumis à un principe nouveau. Ils sont supportés par l'instigateur du contrat. Ainsi, dit Ulpien d'après Labéon, si le propriétaire des diamants a demandé ce service au mandataire, la perte sera pour lui, créancier de la chose ou du prix. Si le mandataire a demandé la permission de vendre ces diamants, le propriétaire est affranchi des risques pour prix de son service, et comme l'estimation vaut vente,

on dira *res perit domino*. Mais voici que tous les deux ont entendu réaliser en commun le bénéfice; ici l'opération est une sorte de société, et les risques seront partagés. Quelques auteurs voyant une ressemblance parfaite entre ce dernier cas et celui où un associé a reçu, pour le vendre, du bétail avec estimation, décident par analogie que le mandataire chargé de la revente n'est pas tenu des cas fortuits, mais seulement de sa faute ou de son dol.

Ainsi, notre règle générale, *res perit creditori*, s'applique dans les contrats *do ut facias* et dans le contrat *æstimatorius*; dans ce dernier, des considérations de justice lui font quelquefois préférer la règle *res perit domino*.

§ 4. — Contrats *innommés* *facio ut des, facio ut facias*.

Nous ne nous arrêterons pas à l'étude de ces contrats; les deux espèces contenues dans la loi 5, § 4 au D. l. 19, t. v, offrent des ressemblances avec le louage et le mandat. En matière de risques, on appliquait les règles des contrats nommés qui leur ressemblaient le plus.

CHAPITRE IV

RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES IMPARFAITS ET UNILATÉRAUX

SECTION PREMIÈRE

Du Mandat

Le mandat est un contrat unilatéral et consensuel par lequel une personne charge un ami de diriger gratuitement une affaire déterminée. Il offre quelques points de contact avec le louage de travaux, mais en diffère par son caractère gratuit ; il ressemble aussi au dépôt, mais ce dernier contrat se forme *re*, et la responsabilité du dépositaire n'est pas la même que celle du mandataire.

Le mandat fait naître une obligation qui constitue le mandataire débiteur d'une chose ou d'un fait, mais qui ne lie pas le mandant. Ce caractère sert de base au système adopté pour les risques dans ce contrat comme dans les autres obligations unilatérales. Comme il n'y a qu'un seul obligé, la perte fortuite de la chose objet de l'engagement libère le débiteur exempt de faute, en vertu de la maxime : « *Impossibitium nulla est obligatio*, » et de la loi 407 au D. *de solutionibus*. La perte est donc pour le créancier, *res perit creditori*.

La nature essentiellement gratuite du mandat exige que le mandataire soit entièrement indemnisé de ses

déboursés. Mais ici se place dans la pratique la question des risques : ainsi, certaines de ces dépenses ont pour origine des cas fortuits ou de force majeure, d'autres, la négligence du mandataire. Que décider en matière de remboursement? Une loi du Digeste au titre de mandat, nous fournit les éléments de solution : les pertes occasionnées par les cas fortuits seront définitivement à la charge du créancier, je veux dire du mandant. Le paragraphe 6 de la loi 26 t. 1, l. xvii au D. s'exprime ainsi : « *Non omnia, quæ impensurus non*
« *fuit, mandator imputabit, veluti quod spoliatus*
« *sit latronibus, aut naufragio res amiserit, vel*
« *languore suo suorumque adprehensus, quædam*
« *erogaverit : nam hæc magis casibus quam man-*
« *dato imputari oportet.* » Ainsi, les pertes imprévues et fortuites, assimilables aux hypothèses contenues dans cette loi, devront être remboursées par le mandant créancier au mandataire débiteur. Le § 7 de cette même loi renferme les principes qui le précèdent; mais les annotateurs du Digeste renvoient à une loi 61, § 5 au D. titre : *de furtis*, où l'on croit voir une négation des paragraphes 6 et 7. « Un mandant, dit cette loi, a ordonné de lui acheter tel esclave déterminé; l'esclave se rend coupable d'un vol au préjudice du mandataire acheteur, le mandant sera responsable du vol. » C'est absolument l'opposé du § 7 qui, dans une semblable hypothèse, fait supporter la perte du vol par le mandataire. Cette analogie pourrait devenir un sérieux argument contre la loi 26, s'il n'était évident que dans la loi 61, *de furtis*, la désignation

spéciale de l'esclave à acheter met le mandataire à l'abri de toute responsabilité, tandis qu'il n'en est plus de même dans le § 7, où le mandataire ayant liberté du choix, ne peut s'en prendre qu'à lui des conséquences de sa mauvaise acquisition.

SECTION II

Dépôt

Le dépôt est un contrat unilatéral, se formant *re* par la remise de l'objet confié à la garde du dépositaire. C'est une opération essentiellement gratuite et dont le déposant retire seul un avantage; aussi, les cas de responsabilité du dépositaire sont-ils moins nombreux que dans d'autres obligations, telles que le *commodat*, et le champ laissé au cas fortuit s'en trouve-t-il par suite beaucoup plus étendu. Le dépositaire, qui est ici débiteur d'un corps certain, est libéré par la perte fortuite; la règle *res perit creditori* règne ici sans conteste. La faveur dont jouit le dépositaire en ce qui concerne sa responsabilité avait fait admettre dans la pratique qu'en cas de perte par force majeure, telle qu'un incendie qui aurait détruit la chose du déposant en même temps que celles du dépositaire, le déposant devait prouver la mauvaise foi du dépositaire pour le rendre responsable de son peu d'empressement à sauver l'objet du dépôt; on allait même jusqu'à lui pardonner d'avoir soustrait son bien au danger avant de penser à l'objet déposé.

Ainsi, le créancier déposant supporte presque toujours la perte fortuite. Mais il peut arriver que les choses ne se passent pas régulièrement, et que certaines circonstances rejettent les risques sur la tête du débiteur : par exemple, lorsque le dépôt, quoique gratuit, est intervenu dans le seul intérêt du dépositaire, qui répond alors du cas fortuit lui-même.

La loi 4, pr. au D. de *rebus creditis*, 12-1, parle d'un cas où le dépôt d'argent peut se convertir en *mutuum*, et présente un intérêt éloigné pour le dépositaire. Les risques seront à sa charge, parce que le déposant ne lui donne l'argent à garder que pour lui rendre service, et non pour en retirer les intérêts.

Il en sera de même si le dépositaire s'est offert pour garder un objet : son offre établit contre lui une présomption de mauvaise foi. D'autres fois, les risques sont mis à la charge du dépositaire à titre de peine, s'il a abusé du dépôt ; c'est le cas du *furtum usus*, qui comprend aussi l'hypothèse où il aurait vendu momentanément l'objet dont il avait la garde. Le débiteur est responsable et la chose est à ses risques même après qu'elle est rentrée en sa possession ; car il est placé en état de *mora perpetua*.

Si le dépositaire est mis en demeure ordinaire, il supportera la perte fortuite, mais pourra s'en affranchir en prouvant que l'objet aurait tout de même péri chez le déposant.

Il y avait à Rome, comme aujourd'hui en France, le dépôt de séquestre, qui transférait parfois au dépositaire la possession proprement dite d'un objet litigieux.

Il pouvait être salarié et s'appliquer aux immeubles ; les risques, comme en matière de louage de services, étaient alors pour le créancier, mais la responsabilité du dépositaire était celle du père de famille dans le sens le plus strict.

Il ne saurait être question des risques dans le dépôt irrégulier, puisque le dépositaire est débiteur d'une somme d'argent *in genere*, et que les genres ne périssent pas.

SECTION III

Commodat

Dans le commodat, la responsabilité du commodataire sera beaucoup plus étendue que dans le dépôt, puisque le contrat n'intervient que dans l'intérêt du commodataire ; et comme il est l'obligé du commodant, il est tenu de la *culpa levis in concreto*. D'un autre côté, le prêteur doit prévoir les risques que l'usage naturel fera courir à la chose prêtée, et supporter par conséquent la perte fortuite. C'est ce que dit Gaius à la loi 1, § 14, D, de *obligat. et action.* « *Si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio rem amiserit, securus est.* »

Le commodataire sera affranchi des risques, s'il prouve que la perte serait également arrivée entre les mains du commodant. Ainsi, nous dirons : *res perit*

creditori, mais comme le commodant ne transmet pas la propriété à l'emprunteur, la perte sera pour le propriétaire. Il y aura donc confusion entre les deux maximes contraires, car ici, par exception, la qualité de propriétaire se confond avec celle de créancier.

Le commodat était parfois accompagné d'estimation; cela mettait la perte fortuite à la charge de l'emprunteur, car l'estimation valait vente. L'article 1883 du Code Civil a admis le même principe, mais en faisant du transfert de la propriété une présomption légale, alors que le Droit romain exigeait une convention.

Enfin, les risques seraient supportés par le commo-
dotaire s'il s'était rendu coupable d'un *furtum usûs*
ou s'il était *in morâ*.

SECTION IV

Gage

Le gage est bien un contrat réel unilatéral; mais il se distingue des autres en ce qu'il est l'accessoire d'un autre contrat dont il garantit l'exécution. Ainsi, celui qui reçoit le gage en devient débiteur, mais demeure créancier principal; réciproquement, le débiteur principal qui remet un objet en gage, en devient créancier accessoire.

En matière de risques, le contrat de gage est considéré comme s'il était seul; le créancier gagiste devient débiteur du gage pour le moment où il sera entièrement désintéressé, mais il n'a le droit de s'en servir

qu'en vertu d'une convention expresse. Les dépenses occasionnées par la conservation de l'objet engagé, seront remboursées par le débiteur principal au créancier principal.

Le contrat de gage était, à l'origine, soumis au régime de la *fiducia* : la propriété de l'objet était transmise par mancipation au créancier gagiste, sous la condition résolutoire du paiement de la dette. Il était donc naturel de faire supporter la perte totale par le créancier et la perte partielle par le débiteur. Mais plus tard, à la *fiducia* succéda le *pignus*, en vertu duquel le créancier n'avait que la simple possession de l'objet engagé. On dut alors mettre les risques sans distinction à la charge du débiteur principal, c'est-à-dire du créancier de l'objet, en vertu de la règle : *res perit creditori*. Ajoutons que la perte fortuite du gage n'avait aucune influence sur la dette principale.

SECTION V

§ 1. — *Mutuum*.

Il ne peut pas être question de risques dans le *mutuum* : ce contrat a pour objet des choses fongibles, *in genere*, dont la propriété passe à l'emprunteur. Elles sont à ses risques et périls, car les genres ne périssent pas ; débiteur d'un genre, il doit rendre même quantité et qualité au créancier prêteur. L'obligation survit donc à la perte qui est supportée par le débiteur.

§ 2. — *Nauticum fœnus.*

On décidait autrement la question du cas fortuit dans le *nauticum fœnus*, aujourd'hui connu sous le nom de prêt à la grosse aventure. On se demandait dans le principe à quelle catégorie d'obligations il appartenait ; fallait-il le regarder comme un contrat innommé ? D'après les commentateurs, on s'habitua à le considérer comme un *mutuum* régi par des règles particulières. Ainsi, Paul, à la loi 6 au D., *de nautico fœnore*, XXII, 2, s'exprime ainsi : « *fœnerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando*, etc., » et la loi 4 au Code, *de nautico fœnore*, nous dit : « *Trajectitiæ quidem pecuniæ quæ periculo creditoris mutuo datur.* »

Ce contrat intervenait pour transférer à un armateur la propriété d'une somme d'argent pour acheter un navire ou les marchandises destinées à sa cargaison, ou bien encore pour faire transporter de l'argent au lieu où ces marchandises doivent être achetées. L'argent ainsi envoyé prenait le nom de *trajectitia pecunia*. Mais celui qui exposait ainsi sa fortune prenait à sa charge les risques de la navigation, dont la durée et la destination étaient rigoureusement limitées ; de telle façon que le capitaine du navire ne devait absolument rien au prêteur en cas de naufrage, mais devait payer, si le vaisseau arrivait à bon port, non-seulement la somme prêtée, mais un supplément fixé par les parties comme représentant le prix des risques, et connu

sous le nom d'*usurae maritimæ*. (Loi 5, pr. D., de *nautico fœnore*.)

Ainsi, l'argent prêté à la grosse était aux risques du prêteur, tandis que dans le *mutuum* ordinaire le péril regardait l'emprunteur.

CHAPITRE V

RISQUES ET PÉRILS DANS LES QUASI-CONTRATS

Les cas de perte fortuite s'analysent bien souvent, dans les quasi-contrats, de la même manière que dans les contrats qui présentent le plus d'analogie.

Dans la gestion d'affaires, une seule différence sépare le gérant du vrai mandataire, c'est la désignation par le mandant. Le gérant d'affaires est un vrai mandataire, non salarié, responsable dans les mêmes limites, mais agissant à l'insu du propriétaire, dont il défend, du reste, les intérêts. Nous admettons la même solution que nous avons indiquée en parlant du mandat, et nous mettrons les risques à la charge du créancier dont on gère les affaires.

Les tuteurs et curateurs sont de vrais mandataires légaux, ils sont aussi libérés par la perte fortuite de la chose dont ils ont l'administration ou la garde.

Dans le quasi-contrat résultant de l'acceptation d'une hérédité, l'héritier se trouve lié envers les légataires; il est leur débiteur, mais débiteur d'une espèce particulière; nous lui appliquerons aussi la règle *debitor*

certæ rei interitu liberatur, toutes les fois qu'on ne pourra lui reprocher ni dol ni faute.

Le quasi-contrat de communauté établit une société légale en vertu d'une succession *ab intestat* entre les divers cohéritiers. Or, nous savons que celui qui gère les affaires d'une société est mandataire, et couvert par la perte purement casuelle de la chose dont la propriété est commune. (Loi 52, § 4, D., *pro socio*.) Rien ne s'oppose à ce que ces mêmes principes dirigent la solution des risques dans le quasi-contrat de communauté.

Enfin, nous baserons notre solution dans la *condictio indebiti*, sur la même règle appuyée par des considérations d'équité. Celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due, en est devenu propriétaire en vertu de sa bonne foi. Le véritable propriétaire peut la lui réclamer par la *condictio indebiti*; il est donc créancier et supportera la perte fortuite. Si nous la faisons supporter par le débiteur de l'indu, il faudrait dire ; *res perit domino*, et ce serait injuste, car l'*accipiens* de bonne foi ne doit pas souffrir du préjudice fortuit ; d'un autre côté, il ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui ; il doit donc restituer l'objet s'il existe encore ; il ne doit absolument rien si la perte est complète. (Loi 65, § 8, D., *de condict. indeb.*)

CHAPITRE VI

RISQUES ET PÉRILS DANS LES OBLIGATIONS ALTERNATIVES ET FACULTATIVES

§ 1^{er}. — *Obligation alternative.*

L'objet des diverses obligations que nous avons examinées, est quelquefois multiple ; l'obligation est dite alors *alternative* ; plusieurs choses sont dues d'une manière indéterminée par le débiteur, et l'une des parties peut choisir celle qui lui plaît davantage ; le choix une fois accompli, l'obligation redevient pure et simple. On comprend les difficultés qu'il peut y avoir à décider par qui sera supportée la perte, lorsque les accidents de force majeure se produisent sur l'un des objets dus alternativement avant l'exercice du choix.

La faculté d'option peut être attribuée au créancier ; elle peut être laissée au débiteur par le silence des parties. Ces deux hypothèses doivent être étudiées séparément.

Si le créancier stipule le droit de choisir entre deux objets, par exemple entre deux chevaux, la perte de l'un d'eux, arrivée par cas fortuit avant le choix, fera retomber les risques sur la tête du créancier : « *res perit creditori* », car il perd l'avantage du choix. Mais en même temps nous pouvons faire l'application de la maxime : *res perit domino* au débiteur, puisque la perte du premier cheval, assimilée à l'exercice du choix,

a pour effet de réduire l'obligation à la seule chose qui reste, à l'autre cheval. Par le fait de sa perte, le premier objet n'est plus *in obligatione*, il périt pour le *dominus*. Quant à l'objet principal de l'obligation, qui est ici la faculté de choisir, elle périt pour le créancier.

Si le créancier n'a pas réclamé l'avantage de l'option, cette faculté sera laissée au débiteur, car la loi interprète toutes les conventions obscures en sa faveur. Ici, la perte de l'un des deux objets avant l'exercice du choix semblerait réduire l'obligation à celui qui reste. Le débiteur est-il obligé de le remettre ; peut-il, à son gré, payer le prix de celui qui a péri ?

La loi 95, § 1, au Digeste, l. XLVI, t. III, met le débiteur dans l'obligation de s'acquitter avec celle qui reste. Paul, dans sa loi 34, § 6, au titre de la vente, dit aussi que la mort de l'un des esclaves dus réduit l'obligation à l'autre, et que si le dernier vient à mourir, le prix en sera exigible : « *Unus enim utique periculo emptoris vixit.* »

Pothier confirme ces textes en disant : « La chose « qui est perie n'existant plus, n'est plus due, celle « qui reste est la seule qui reste due, et par conséquent, « la seule qui puisse être payée. » Ainsi, le débiteur supporterait tout à la fois la perte de l'objet et la perte du choix.

Malgré l'autorité et la clarté de ces textes, une telle conclusion ne nous semble pas en harmonie avec ce que nous regardons comme la théorie générale des risques, c'est-à-dire l'adoption de la règle *res perit creditori*.

Elle ne s'accorde pas davantage avec l'esprit général du Droit romain. Le débiteur, ordinairement favorisé par la loi, serait ici traité avec une rigueur peu commune. Il doit pouvoir choisir entre le prix de l'objet perdu et celui qui existe encore. Comment le débiteur, qui a la faculté de se libérer en remettant ce qui reste de l'objet, lorsque la perte n'a été que partielle, n'aurait-il pas aussi le droit de s'acquitter en payant le prix intégral d'un objet qui a disparu? Le créancier trouverait aussi avantageux de recevoir une somme d'argent que d'être obligé d'accepter une chose rendue impropre à son ut-

Ulpien a, du reste, apporté à cette manière de voir l'appui de son autorité; sa loi 47, § 1, D. t. *de lege*, permet au débiteur de remettre l'esclave survivant ou la valeur de celui qui est mort.

Supposons, en terminant, que le second des deux esclaves dus sous alternative péricule comme l'autre par cas fortuit; l'obligation se résout comme si elle était pure et simple; *debitor certæ rei interitu liberatur*.

§ 2. — *Obligation facultative.*

L'obligation facultative se distingue facilement de l'obligation alternative; deux objets sont dus comme dans celle-ci, mais le second ne vient qu'accessoirement pour faciliter le paiement de l'obligation; aussi, la perte de l'objet principal libère seule le débiteur.

CONCLUSION

Nous ne croyons pas nécessaire de revenir sur chacune des obligations du Droit romain dans lesquelles nous avons recherché la solution applicable aux pertes par cas fortuit; nous avons essayé de prouver que l'adoption de la maxime : *res perit creditori* sert de base dans la législation romaine à la théorie générale des risques. Mais en cherchant à établir la supériorité de ce principe, nous n'avons pas entendu lui donner une signification tellement absolue qu'il n'y ait jamais place pour la règle opposée *res perit domino* : nous avons vu leur coexistence, pour ne pas dire leur confusion, en matière de *commodat*; il en était de même dans le contrat de gage sous le régime de la *fiducia*; il en était ainsi toutes les fois que la qualité de *dominus* se trouvait absorbée par celle de créancier.

Nous n'avons pas voulu davantage établir que le créancier supporte la perte d'une manière définitive et absolue; si nous prenons un exemple dans le contrat de gage, si nous supposons que le débiteur se trouve insolvable au moment de la perte fortuite de l'objet donné en gage, nous verrons la perte atteindre également le créancier gagiste, qui ne pourra plus faire vendre le gage pour éteindre la dette; or, celui que nous appelons créancier gagiste, est le débiteur du gage, ce qui nous amène à combiner les deux règles *res perit creditori* et *res perit debitori*.

Dans le contrat de vente, où la règle *res perit creditori* est incontestable, le vendeur supportera en réalité la perte toutes les fois que l'acheteur sera insolvable, puisqu'il verra sa créance anéantie sans compensation par l'insolvabilité de l'acheteur. Reconnaissons donc que si le créancier est la première victime, en cas de perte par cas fortuit, de l'objet de l'obligation, tous ceux qui ont un droit quelconque sur cet objet, prennent une part proportionnelle à sa détérioration totale ou partielle.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL SUR LES RISQUES PROVENANT DU CAS FORTUIT

L'étude de notre ancienne législation française nous montre que le Droit romain, introduit par la conquête, sauvé des invasions barbares par le Droit canonique, était entré pour une large part dans la formation de nos institutions civiles. Des pays de droit écrit, il s'était peu à peu répandu dans les pays de coutumes, et bien des règles latines passèrent sans modifications dans les lois françaises. C'est ainsi que la règle, *res perit creditori*, présida jusqu'à l'adoption de notre Code Civil, à l'attribution des risques en cas de perte par force majeure. Nous en trouvons l'assurance dans Pothier et son témoignage est en tous points confirmé. Les comptes-rendus des travaux préparatoires

du Code Civil nous révèlent la grande préoccupation des jurisconsultes de l'époque sur la question des risques.

Les uns voulaient adopter le principe romain dans son intégrité ; les autres tendaient à concilier les deux règles : *res perit creditori*, et *res perit domino*. La théorie romaine était d'une remarquable clarté ; elle offrait les plus grandes garanties utilitaires et économiques ; quant à la règle *res perit domino*, son inutilité pratique à l'époque où la propriété se transférait par la tradition n'était pas faite pour la recommander.

Les rédacteurs du Code Civil héritèrent des préoccupations de leurs devanciers au sujet de l'adoption de ce dernier principe ; il leur semblait juste de faire supporter les pertes fortuites par l'acquéreur, mais ils trouvaient rigoureux de mettre à sa charge les chances de perte fortuite, tant qu'il ne serait pas propriétaire.

L'article 1158 fut le résultat de ces considérations. Voulant suivre les traditions romaines, désireux d'obéir en même temps aux nouvelles idées, ils déclarèrent que l'acquéreur deviendrait propriétaire par le seul effet du consentement ; de telle sorte que l'on pût dire à la fois *res perit creditori*, puisque l'acheteur serait créancier jusqu'à la livraison, et *res perit domino*, puisqu'il serait propriétaire même avant la tradition. L'acheteur, en un mot, devait supporter les risques comme propriétaire, ce qui ne l'empêchait pas de les supporter aussi comme créancier.

L'article 1158 ne fut donc rédigé qu'en vue de la question des risques, et la nouvelle règle sur le transfert de la propriété fut adoptée dans le seul but de

mettre les nouvelles institutions en harmonie avec les solutions du Droit romain, qui étaient celles de notre vieux Droit monarchique.

L'article 1138 contient trois principes de Droit : d'abord l'obligation est parfaite par le seul consentement des parties ; en second lieu, cette obligation rend le créancier propriétaire de la chose, encore que la tradition n'en ait pas été faite ; enfin, elle met la chose aux risques et périls du créancier devenu propriétaire.

La règle relative au transfert de propriété est affirmée avec beaucoup de détails dans l'article, qui est relatif à l'hypothèse où l'obligation a pour objet un corps certain ; car le consentement n'aurait pas pour effet de rendre le créancier propriétaire si la dette était d'une espèce indéterminée. On a voulu voir d'importantes innovations dans cet article, mais tout se réduit à la déclaration que certaines clauses usitées dans l'ancien Droit serait désormais virtuellement sous entendues, et auraient pour effet de transmettre la propriété en vertu d'une tradition civile tacite.

En dehors de là, il n'y avait aucun intérêt à ce que le créancier d'un corps certain devint propriétaire de plein droit par le seul effet du consentement. Cet intérêt, nul *inter partes*, ne se révèle qu'à l'égard des tiers et dans un but de publicité.

En effet, le consentement est insuffisant pour le transfert de propriété à l'égard de toute autre personne que les contractants.

La théorie de la transmission par la seule force de

l'obligation a eu pour principal effet de concilier les deux règles, dont l'une, *res perit domino*, n'était pas toujours d'une application facile; mais en autorisant l'adoption de ce principe dans les obligations de notre Droit, elle n'a pas aboli la maxime romaine *res perit creditori*.

La qualité de propriétaire et celle de créancier se trouvant aujourd'hui confondues, on n'a plus à constater l'insuffisance de la doctrine *res perit domino*, dans une foule de cas, par exemple dans les opérations où le débiteur de l'obligation est débiteur d'un fait, comme dans le louage d'ouvrages, dans le mandat, ou dans la société. L'article 1852 décide en effet que la perte fortuite d'un objet appartenant à l'associé qui gère les affaires de la société est à la charge de la société si elle a été occasionnée par la gestion de la société.

Il y a, croyons-nous, analogie parfaite entre le système romain et le système du Code Civil, et les nombreuses différences n'ont d'autre origine que l'abolition de la formalité de la tradition pour transférer la propriété.

Pendant le Code Civil n'a pas entendu faire de ces principes une règle rigoureuse et absolue : des conventions particulières pourraient avoir pour résultat d'amener une autre solution et de retarder le moment où la perte par cas fortuit serait à la charge de l'acheteur propriétaire.

Nous venons de voir les deux maximes *res perit domino* et *res perit creditori* confondues dans la pratique par le nouveau principe de la transmission de la

propriété. Certaines hypothèses ne permettant pas cependant leur existence simultanée, il faudra donc savoir quelle est celle que le Code Civil a voulu faire dominer. Ainsi, nous trouvons dans l'article 1138 les expressions suivantes : « Dès l'instant où elle a dû être livrée. » La loi veut dire que la mutation de propriété a lieu au moment qu'il a plu aux parties d'assigner à la tradition feinte de la chose due. Ce moment est ordinairement celui du contrat ; mais il pourrait se faire qu'une convention expresse intervint pour retarder le transport de propriété jusqu'à une époque ultérieure, sans cependant retarder la perfection du contrat. Il s'écoulerait alors une période où le créancier ne serait pas propriétaire, et l'on aurait à se demander, en cas de perte fortuite, si les risques devraient être pour le créancier ou pour le propriétaire. La même question se poserait dans l'hypothèse où le débiteur aurait promis une chose dont il n'a pas encore la propriété.

Nous pensons, avec la majorité des interprètes, que la règle *res perit domino* dominera, de telle sorte que le débiteur demeuré propriétaire par convention expresse, supportera les risques. Nous interpréterons ainsi la volonté des législateurs qui voulurent mettre la perte à la charge du débiteur, et les intentions nettement formulées des parties, de retarder le transfert de la propriété pour éviter les chances de perte à l'acheteur. Supposons que le vendeur ait promis une chose dont il n'est pas encore propriétaire, il sera juste qu'il supporte les risques, car l'acheteur n'ayant pas acquis de lui la pleine propriété et n'ayant plus l'espoir de l'ac-

querir plus tard, serait non-seulement frustré dans son attente, mais condamné à payer une obligation qui, en réalité, n'a pas pu naître faute de cause. Les termes même de l'article 1138 confirment cette interprétation; en disant que la chose est aux risques du créancier qui en devient propriétaire, ils signifient *a contrario* qu'elle n'est pas à sa charge, lorsqu'à sa qualité de créancier ne se joint pas celle de propriétaire. Dans les obligations conditionnelles la propriété passe *ab initio* au créancier; mais il n'en est pas de même des risques qui sont supportés par le vendeur jusqu'à l'évènement de la condition. N'y a-t-il pas plus de raisons dans les obligations pures et simples de mettre les risques sur la tête du débiteur lorsque les circonstances ont empêché le transport immédiat de la propriété?

Ces diverses considérations nous amènent à conclure à l'adoption, par les rédacteurs du Code, de la règle *res perit domino*, à sa prédominance dans notre législation, mais non pas au rejet absolu de l'ancienne maxime : *res perit creditori*.

CHAPITRE II

RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS COMMUTATIFS

SECTION PREMIÈRE

Vente

L'importante innovation introduite dans notre Droit français par les rédacteurs du Code Civil, eut pour ré-

sultat d'établir, entre les principes de la vente romaine et ceux de la vente moderne, une différence notable, qui ne porte cependant aucune atteinte à l'ancienne théorie générale des risques. La vente, en Droit romain, ne déplace pas à elle seule les droits de propriété, elle produit simplement des droits de créance jusqu'au moment de la tradition ; mais les risques passent immédiatement à l'acheteur créancier. En Droit français, la vente a un effet plus étendu ; en même temps qu'elle crée deux obligations réciproques, deux droits de créance, elle transfère la propriété sans tradition et met les risques à la charge de l'acheteur devenu propriétaire.

Il n'en est pas cependant ainsi dans quelques hypothèses, où la propriété reste quelque temps au vendeur en vertu des circonstances particulières du contrat ou des conventions expresses ; ainsi, lorsque l'objet vendu est un genre ou une espèce indéterminée, l'adoption de la règle, *res perit domino*, maintiendra les risques sur la tête du vendeur ou plutôt la question des risques ne se posera pas. Il en est de même dans les ventes sous condition suspensive ; les risques demeurent à la charge du vendeur, malgré la translation de propriété à l'acheteur. Enfin, la mise en demeure du vendeur amènerait de semblables dérogations à la règle générale.

Nous ne nous préoccupons pas de l'hypothèse où la perte s'est produite avant la perfection du contrat ; la solution en est très nette : la perte totale empêche la formation de la vente, et la perte partielle donne à l'acheteur le choix de l'article 1601 entre la

dissolution de la convention et la conclusion de la vente avec une remise partielle sur le prix.

La perte fortuite postérieure à la formation du contrat met seule en jeu la théorie des risques.

§ 1^{er}. — *Vente pure et simple.*

Si la chose vendue est un corps certain, nous appliquerons dans toute son étendue le principe de l'article 1158 du Code Civil pour faire supporter la perte fortuite à l'acheteur propriétaire en vertu de la règle : *res perit domino*. Si la vente a pour objet des choses que l'on vend ordinairement au poids, au compte et à la mesure, nous devons distinguer suivant le mode de formation du contrat :

1° Vente en bloc. Il peut arriver, en effet, que les parties, négligeant les moyens ordinaires d'évaluation, ne prennent pas le soin de déterminer les quantités. C'est alors que la vente est faite en bloc. (Art. 1585-1586.) Ainsi, quand je vous vends tout le blé qui se trouve dans mon grenier, pour un prix unique et déterminé, les risques passeront immédiatement à l'acheteur; n'a-t-il pas entendu les prendre à sa charge en même temps que ceux qui ont pour origine son évaluation peut-être incertaine de la marchandise?

Dans certains cas la vente faite en bloc n'exclut pas l'obligation de fournir une quantité déterminée de marchandises; par exemple, lorsque le vendeur a dit : « Je vous vends pour tel prix tout mon blé; environ cent hectolitres, » il sera obligé de faire l'appoint jus-

qu'à cette quantité, mais il n'aura pas le droit de retenir tout ce qui excéderait cent hectolitres, puisque la vente est faite en bloc pour le tout.

D'autres fois, le prix total de la masse est indéterminé; il ne sera connu que lors de l'opération du mesurage. Je vous vends toute ma récolte de vin à tant la mesure; le mesurage n'intervient ici que comme un moyen de déterminer le prix, mais il n'empêche pas que la vente soit faite en bloc et que les risques ne soient *ab initio* pour l'acheteur.

L'esprit de notre législation s'écarte sensiblement en cette matière des anciennes doctrines développées par Pothier. Pour lui, la seule idée du mesurage maintenait, comme en Droit romain, les risques au vendeur; mais la discussion des articles 1585 et 1586 du Code Civil fit germer des idées nouvelles. On abandonna Pothier pour s'attacher à la doctrine de Voët, d'après lequel la vente de toute une quantité indéterminée, mais à tant la mesure est en bloc, parce que tous les éléments du contrat, la chose et le prix sont déterminés : la quotité demeure seule incertaine. Cette manière de voir a été adoptée depuis par la Cour de Cassation.

2° Vente à la mesure. — Le plus souvent, les ventes dont nous parlons sont soumises à la formalité du pesage ou du mesurage. Il en est ainsi lorsqu'on vend une certaine quantité de marchandises à tant la mesure. Le mesurage remplit le rôle d'une condition suspensive (1182) qui retarde le moment où l'acheteur prendra les risques à sa charge. Les ventes à la mesure sont régies par l'article 1585 du Code Civil, ainsi conçu :

« Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement. »

La vente ainsi faite est valable *ab initio*, elle transporte la propriété conditionnelle à l'acheteur, mais les choses dues ne le sont que *in genere*, et les genres périssent pour le vendeur. Le Code se conforme, du reste, à l'intention présumée des parties, qui, en retardant le mesurage jusqu'à une époque indéterminée, ont entendu ne transférer qu'alors la charge des risques et soumettre la perfection du contrat à cette dernière formalité : en effet, la perte totale des choses dues rend le mesurage aussi impossible que la détermination du prix, et résout le contrat par l'absence d'éléments essentiels.

Nous savons qu'il n'en était pas de même à Rome où la perte fortuite était pour l'acheteur dans les ventes au poids, compte et mesure, aussi bien que dans les ventes conditionnelles. Les articles 1182 et 1585 ont donc établi une véritable innovation.

Troplong, dans son traité sur la vente en Droit français, considère l'article 1585 comme une exception à la règle *res perit emptori* ; il justifie son opinion en disant que dans les ventes au poids, compte et mesure, le transfert de la propriété n'a pas lieu en

vertu du seul consentement, mais par l'effet du mesurage. Jusqu'alors le vendeur reste propriétaire et supporte les risques en cette qualité, car il ne peut y avoir vente tant que la chose est indéterminée et que sa détermination dépend d'une condition encore inaccomplie. C'est une des hypothèses où la qualité d'acheteur se trouve séparée de celle de propriétaire par exception à l'article 1158. Troplong essayait, par cette doctrine conforme à l'esprit de l'article 1585, de réagir contre le système adopté par la Cour de Cassation qui, notamment dans un arrêt du 11 novembre 1812, considère le transport de propriété comme opéré par le seul consentement, mais fait supporter les risques par le vendeur, jusqu'au moment du mesurage, système inexact dans bien des cas où il serait dangereux d'admettre le transfert de la propriété *ab initio*, par exemple lorsque les objets vendus sont tellement confondus avec d'autres qu'il est moralement et matériellement impossible à l'acheteur de les reconnaître.

Si l'on veut vendre une quantité à tant la mesure, on peut aussi vendre tant de mesures pour un prix unique et déterminé avant le mesurage, sans qu'il y ait pour cela vente en bloc : ce sera un nouveau mode de vente à la mesure, puisque la chose vendue restant indéterminée, est due *in genere* jusqu'au mesurage. Le vendeur supportera donc la perte par cas fortuit.

Il arrive journellement que l'on vende une partie de sa récolte à la mesure dans la forme suivante : Je vous vends dix hectolitres de vin à retirer de tel foudre de

ma cave, à tant l'hectolitre. Les risques sont pour le vendeur avant le mesurage.

Nous n'admettrons pas ici certaines distinctions de M. Delvincourt, tendant à faire supporter une partie de la perte par l'acheteur. Supposons, en effet, que le tonneau contenant le vin vendu, s'entr'ouvre avant que l'on n'ait mesuré : s'il reste assez de vin pour fournir les dix hectolitres, la perte sera tout entière pour le vendeur ; on est d'accord sur ce point. Il en sera de même si toute la quantité de vin a été perdue, car en vertu de l'interprétation de l'article 1185, par Troplong, les risques comme la propriété sont à la charge du vendeur. Mais M. Delvincourt prétend que que la chose ayant totalement péri, les dix hectolitres achetés ont également disparu, pour le compte de l'acheteur qui contribuera ainsi à supporter la perte totale. Rien n'autorise cette dérogation aux termes formels de l'article 1585.

Ainsi, c'est plutôt l'intention des parties que le mode de vente qui fait la distinction entre la vente en bloc et la vente à la mesure ; dans bien des cas la vente en bloc n'est accompagnée du mesurage que pour déterminer la quotité du prix. Supposons une vente en bloc ainsi faite : « Je vous vends la moitié de ce tas de blé pour telle somme. » Après quoi le tas de blé périt par l'incendie : la perte sera supportée par l'acheteur et par le vendeur, la moitié par chacun si tout a péri, mais s'il reste encore environ la moitié du tas de blé, pouvons-nous dire que le vendeur supportera seul la perte du surplus ? Nous ne le croyons pas : car la

vente ayant été faite sans évaluation de quantité, on ne saurait trouver de base pour calculer la moitié de la quantité totale. Nous déciderons ici comme en matière de société que les risques seront supportés en commun par égale portion, et qu'il y aura lieu de partager ce qui reste encore après le sinistre. Nous nous trouvons dans une hypothèse où la vente, parfaite *ab initio*, a transféré les risques en même temps que la propriété (1586).

On distinguait à Rome le *periculum interitus* du *periculum deteriorationis* : l'acheteur les supportait tous les deux dans la vente simple en bloc ou à la mesure; il ne supportait que le *periculum deteriorationis* dans la la vente conditionnelle.

La vente à la mesure n'était pas assimilée à la vente sous condition suspensive, la perte partielle ou totale arrivée avant le mesurage était pour l'acheteur en vertu de la règle *res perit creditori*; mais en France, la vente à la mesure est soumise au régime des ventes conditionnelles, et de l'article 1182 ainsi formulé :
« Lorsque l'obligation a été contractée sous une con-
« dition suspensive, la chose qui fait la matière de la
« convention demeure aux risques du débiteur qui ne
« s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'évène-
« ment de la condition. Si la chose est entièrement
« périe sans la faute du débiteur, l'obligation est
« éteinte; si la chose s'est détériorée sans la faute
« du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre
« l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle
« se trouve. » Cela revient à dire que le vendeur sup-

porte aussi la perte partielle, arrivée avant le mesurage ou la condition, s'il plait au créancier de résoudre le contrat.

5° *Vente ad gustum*. On est dans l'habitude de goûter certaines marchandises pour en apprécier la valeur. L'article 1587 décide qu'il n'y a pas vente de choses de ce genre tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et acceptées; les risques ne passent donc pas à l'acheteur qui ne devient pas propriétaire. C'est une théorie nouvelle, un peu rigoureuse, peut-être; mais on s'accorde à regarder l'article 1587 comme un base d'interprétation qui n'exclut pas une certaine latitude d'application. Il faudra, croyons-nous, considérer surtout la volonté des parties. Ainsi, lorsque l'acheteur achète pour lui seul, pour son usage particulier, nous admettrons l'article 1587 dans toute sa rigueur; l'acheteur n'est pas lié, il n'est ni propriétaire ni acquéreur, car il peut, en dégustant, prétendre que les marchandises ne sont pas de son goût. Le vendeur n'est pas lié davantage; quoiqu'on en ait dit, les termes de notre article ne laissent aucun doute.

Si l'acheteur est un commerçant, il pourra se prévaloir de la mauvaise qualité des marchandises, en les dégustant, mais il ne serait pas admis à refuser une chose de bonne qualité par la seule raison qu'elle n'est pas à son goût personnel. Dans une telle vente, valable *ab initio*, la formalité de la dégustation n'aurait d'autre but que de retarder le transfert des risques.

Enfin, l'acheteur peut demander la dégustation

bien moins comme une condition essentielle de vente que comme un moyen de constater que la qualité des marchandises n'a pas été volontairement altérée dans l'intervalle écoulé avant la prise de possession : nous admettrions ici le transfert des risques et de la propriété à l'acheteur dès la conclusion du contrat.

L'acheteur supportait les risques dans la vente *ad gustum* du Droit romain ; cette expression de risques ne s'entendait que des accidents éprouvés par la chose vendue à la suite d'un cas fortuit qui occasionnait une diminution de valeur ou de quantité ; mais le propriétaire supportait les risques dont l'origine se trouvait dans la mauvaise qualité des marchandises.

La rédaction de l'article 1587 a fait disparaître cette distinction en accordant à l'acheteur liberté absolue pour refuser la marchandise détériorée.

§ 2. — Vente à terme.

« Le terme, nous dit l'article 1185, diffère de la condition en ce qu'il ne suspend pas l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. » Ainsi, dès l'obligation à terme, le vendeur et l'acheteur sont irrévocablement liés ; ce dernier est propriétaire ; il supporte les risques par l'effet de la maxime *res perit domino*. Le terme indique cependant l'intention du créancier acheteur de ne pas avoir la responsabilité avant une certaine époque ; il paraît donc juste de faire céder la rigueur de l'article 1185 toutes les fois qu'une

semblable intention sera nettement formulée, ou qu'elle se dégagera avec évidence de l'ensemble des circonstances du contrat.

§ 3. — *Ventes conditionnelles.*

Ces sortes de ventes sont régies par les articles 1168 à 1184, relatifs à la condition dans les obligations en général. L'article 1168 définit la condition : « Un événement futur et incertain. » L'article 1181 fait, au contraire, dépendre l'obligation conditionnelle ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais ignoré des parties. Il importe de faire avant tout remarquer l'inexactitude de l'article 1181.

Les conséquences d'une telle définition seraient considérables dans l'attribution des pertes par cas fortuit. Après avoir reproduit l'excellente rédaction de l'article 1168, les rédacteurs ont eu le tort de mettre au nombre des événements conditionnels ceux qui sont déjà arrivés. Or, il est évident qu'un fait déjà réalisé, bien qu'à l'insu des parties, n'est plus un événement futur et encore moins incertain au point de son existence. Une vente affectée d'une semblable condition serait une obligation à terme avec risques pour le créancier acheteur.

Les conditions sont suspensives ou résolutoires.

1° La vente sous condition suspensive est règlementée par l'article 1182 du Code Civil, qui établit une dérogation à notre ancienne jurisprudence et au Droit

romain tout à la fois. Avant le Code, on mettait les détériorations de la chose vendue à la charge de l'acheteur conditionnel; or, notre article, en accordant à l'acheteur le choix de conclure le contrat ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix, met indirectement les risques à la charge du vendeur dans tous les cas de perte partielle.

Cette disposition, en apparente harmonie avec la maxime *res perit domino*, est injuste si nous la considérons après la réalisation de la condition, puisqu'en cas de simple détérioration la chose ne fait pas défaut à la conclusion de l'obligation, et permet à la rétroactivité de la condition de constituer le créancier propriétaire et acquéreur dès le premier moment de la convention. En décidant qu'il serait affranchi des pertes partielles fortuites on porte atteinte à la règle *res perit domino* et aux principes de la rétroactivité de la condition; on met de plus le troisième alinéa de l'article 1182 en opposition formelle avec l'article 1179.

Les rédacteurs de l'article 1182 avaient voulu obtenir un résultat pratique plus juste que celui de l'ancien Droit; la maxime : *Quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda*, leur avait paru plus nuisible qu'utile, parce que les chances de perte partielle ne sont presque jamais en proportion avec les chances d'amélioration. Ils accordèrent le choix au créancier, mais oublièrent de faire profiter le vendeur d'une semblable faculté, dans les cas où l'objet de la vente aurait sensiblement augmenté de valeur avant la condition.

Il n'y a rien à blâmer dans les autres disposition de l'article 1182. Si la perte est complète, le vendeur la supportera seul en sa qualité de *dominus*; l'absence d'objet ne permet pas la formation du contrat; le principe de la rétroactivité ne trouve pas de place, car le créancier n'aura jamais été propriétaire. Telle est la conséquence du principe, et telle est évidemment la volonté des parties, dont l'une, le créancier, n'a jamais eu l'idée de subir à l'avance les chances de perte d'une chose qu'il ne possèdera peut-être jamais.

2° Les rédacteurs du Code Civil n'ont consacré qu'un article à la condition résolutoire. « C'est celle, nous dit l'article 1183, qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive. »

La condition résolutoire dans la vente produit, jusqu'à la résolution, les mêmes effets qu'une vente ordinaire; et la convention sera réellement pure et simple si la condition ne se réalise pas. Mais la loi ne dit pas un mot de la question des risques en cas de perte fortuite avant la réalisation de la condition résolutoire. On a expliqué ce silence de deux manières : les uns y ont vu un oubli des rédacteurs; habitués à ne pas rencontrer de condition résolutoire en Droit romain, ils auraient négligé d'édicter les règles spéciales que motivait son introduction dans notre Droit. Les autres

ont pensé que la question se trouvait déjà prévue par l'article 1182, relatif à la condition suspensive; car, disent-ils, la condition résolutoire n'est qu'une condition suspensive si l'on intervertit les rôles du vendeur et de l'acheteur. De là, des divergences de vues sur l'attribution des pertes fortuites. Appliquerons-nous les mêmes principes qu'en matière de vente sous condition suspensive, ou compléterons-nous la théorie nouvelle de l'article 1183? Voici les conséquences de ces deux modes d'interprétation : si nous décidons d'après l'article 1182 que le débiteur supporte les pertes fortuites *pendente conditione*, nous dirons que le créancier acheteur sous condition résolutoire étant un débiteur sous condition suspensive, doit supporter les risques. Si la chose périclite entre ses mains avant la tradition, en cas de perte totale, il ne pourra pas réclamer le prix; en cas de perte partielle il sera obligé de subir la volonté du vendeur qui peut choisir entre la conservation du prix ou la reprise de l'objet de la vente en restituant le prix. L'assimilation du vendeur à un créancier sous condition suspensive le fait profiter du troisième alinéa de l'article 1182.

Si nous nous en tenons à l'article 1183, nous dirons que l'événement de la condition résolutoire remet les choses dans leur état primitif; il n'y a eu ni vendeur ni acheteur, et ce qui le prouve c'est que si la résolution s'opère, elle anéantit pour le passé et pour l'avenir tous les droits établis sur la chose par le vendeur. Ainsi, en cas de réalisation de la condition après la perte totale, le vendeur la subira seul, puisqu'il n'a

jamais cessé d'être *dominus*. Il en sera de même des simples détériorations.

Il nous est difficile de choisir entre ces deux systèmes : nous accorderions volontiers la préférence au dernier, si ses conséquences n'étaient rien moins que l'introduction d'une théorie nouvelle dans le Code, et le silence de la loi ne le permet pas. Nous croyons avec M. Valette que les tribunaux devraient avoir ici une liberté d'appréciation pour résoudre la question en faveur de la partie qui semble retirer les plus grands avantages de la condition résolutoire.

3° On applique à la vente à l'essai les règles de la vente sous condition suspensive; c'est pourquoi nous avons attendu, pour en parler, d'avoir épuisé tout ce qui a trait à la condition. L'article 1588 nous dit que « la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive. » Le vendeur est tenu de procurer la chose vendue à l'acheteur, il est irrévocablement lié; l'acheteur peut seul invoquer la condition pour conclure définitivement la vente; il peut aussi se prévaloir des défauts de la chose et se retirer du contrat. Le vendeur supportera donc la perte fortuite, car il n'aura jamais cessé d'être *dominus* si la condition de l'acceptation ne se réalise pas. Mais nous ne croyons pas que la condition suspensive de la vente à l'essai lui laisse la liberté absolue de refuser la chose sans motifs plausibles; en un mot, nous ne voyons pas là une condition *si voluero*.

Le Code Civil a emprunté à notre ancien Droit les principes de la vente à l'essai, bien différents des prin-

cipes romains sur ce point particulier. La condition résolutoire était inconnue à Rome, toute vente à l'essai était pure et simple mais affectée d'une résolution conditionnelle. Il en résultait que les risques étaient toujours à la charge de l'acheteur. Les principes français nous semblent plus justes et conformes à la volonté des parties.

§ 4. — *Promesses de vente.*

Les promesses de vendre et d'acheter sont synallagmatiques ou unilatérales. Celles qui sont synallagmatiques sont prévues par l'article 1589, d'après lequel « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. »

Cet article a pour but de faire cesser une ancienne discussion relative aux effets de la promesse de vente.

Les uns disaient avec Dumoulin, que promettre de vendre et d'acheter, c'était s'obliger par une sorte de contrat innommé à conclure la vente dans une époque ultérieure ; c'était promettre un fait dont l'inexécution autorisait une demande et une condamnation à des dommages-intérêts. Dans ce système le vendeur supportait les risques jusqu'à la perfection de la vente, en sa qualité de *dominus*.

Les autres, et nous voulons principalement désigner la jurisprudence de l'époque, décidaient que promettre de vendre ou d'acheter équivalait à une sorte de vente à terme dont l'inexécution autorisait une demande en

justice pour forcer celui qui refuse, à conclure définitivement la vente. Le vendeur supportait la perte fortuite comme dans le système opposé, mais ce résultat conforme aux principes, puisque la vente n'était parfaite qu'après la décision du tribunal, n'était pas d'une justice irréprochable, puisqu'à partir de sa promesse le vendeur cessait d'avoir la libre disposition de sa chose.

L'article 1589 en terminant cette discussion, en a soulevé une autre sur la manière d'interpréter sa rédaction.

Certains commentateurs, M. Valette entre autres, voudraient que l'article 1589 eût adopté le dernier système de la controverse à laquelle il met un terme. Le Code, d'après eux, veut dire que celle des parties désireuse de voir s'accomplir le contrat de vente, peut, au lieu de demander de simples dommages-intérêts, obtenir en justice un jugement qui tiendra la vente pour conclue si l'autre partie persiste dans son refus. Il résulte de cette interprétation que la promesse de vente vaut une vente future.

La vente n'est pas formée dès la promesse, le vendeur reste propriétaire et supporte les risques en cette qualité; il ne peut disposer de la chose qu'en s'exposant à payer des dommages-intérêts. Nous ne pouvons adopter cette opinion, dont les conséquences amènent pour les risques dans la promesse de vente une solution tout opposée à celle de la vente ordinaire: l'article 1589 est rédigé dans des termes formels peu susceptibles de restriction.

Un autre groupe d'auteurs attribue à la promesse de vente le même effet qu'à une vente pure et simple, c'est-à-dire que, dès la promesse, les risques et la propriété passent à l'acheteur. L'article 1589 n'a eu d'autre but, disent-ils, que d'interpréter la volonté des parties et d'éviter les complications résultant d'un langage impropre. Ainsi, l'on dit souvent : « Je vous promets de vendre, pour dire je vous vends dès maintenant et sans arrière-pensée. » Cette explication est une véritable innovation ; elle n'emprunte rien à l'ancienne discussion, et nous croyons que ses conséquences s'harmonisent parfaitement avec l'article 1138 et la maxime *res perit domino*. L'assimilation absolue de la promesse de vente à la vente amènera une identité de solutions en cas de perte fortuite.

Il en résulte de plus une grande simplification de pratique, car l'article 1589, évitera des frais de justice bien inutiles. Les promesses de vente peuvent être aussi affectées d'un terme ou d'une condition ; nous n'hésitons pas à les assimiler, en vertu de l'art. 1589, aux ventes ordinaires à terme et sous condition.

2° Il peut arriver qu'une seule des parties se soit engagée à vendre ou à acheter. Appliquerons-nous à cette promesse unilatérale l'article 1589 ?

Cette question est sérieusement débattue. Un premier système assimile cette promesse à une vente conditionnelle, car la perfection en est soumise à l'arrivée d'une condition suspensive purement potestative, à la volonté de l'autre partie. Le vendeur supportera les risques comme en matière de vente conditionnelle.

Tout en admettant pour les risques la même solution, nous donnons la préférence à une deuxième interprétation qui paraît plus conforme aux principes juridiques. Sans doute, il est vrai de dire que la promesse synallagmatique de vente vaut vente, car il y a tous les éléments d'une obligation, en particulier le mutuel consentement ; mais dans la promesse unilatérale l'absence de consentement de l'une des parties s'oppose formellement à ce qu'on puisse dire qu'il y a vente. Il existe un engagement qui peut motiver un jugement favorable au demandeur, soit pour conclure le contrat, soit pour obtenir une condamnation à des dommages en cas d'impossibilité matérielle de livrer la chose, mais rien de plus. Si l'objet de la vente périt ou se détériore fortuitement avant l'accord des deux parties, nous appliquerons la maxime *res perit domino*.

§ 5. — *Adjudications volontaires ou forcées.*

La vente est parfois soumise à certaines conditions de publicité, qui ont pour principal résultat de faire élever le prix par le concours des acheteurs. Elle prend alors le nom d'adjudication volontaire ou forcée, suivant qu'elle a lieu après délaissement ou après saisie.

Toute hypothèque entraîne un droit de suite. Si le débiteur d'une chose grevée d'hypothèques la vend avant d'avoir désintéressé ses créanciers hypothécaires, ceux-ci peuvent réclamer leur gage à l'acquéreur ou à tout autre détenteur, qui doit les désintéresser pour

conserver l'objet de son acquisition. Cinq moyens lui sont offerts pour cela :

1° Il peut d'abord délaisser l'immeuble par déclaration faite au tribunal ; il y trouvera son avantage si les créances sont supérieures au prix d'achat.

2° Il peut payer intégralement les créanciers inscrits, ce qu'il fera si la valeur de la chose est supérieure aux dettes.

3° Il peut purger les hypothèques et éviter le délaissement ou le paiement intégral.

4° Payer les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence seulement du prix d'acquisition, auquel cas il s'expose à être exproprié par les créanciers non payés.

5° Enfin, il peut se laisser exproprier par tous les créanciers. C'est ici qu'aura lieu la saisie et la vente forcée ou adjudication sur saisie.

La question des risques reçoit en principe, dans la vente publique, la même solution que dans la vente ordinaire ; mais la diversité des moyens de libération offerts au détenteur nécessite certaines distinctions.

Le tiers acquéreur qui délaisse supportera les risques ; l'adjudication, après délaissement, n'a pas sur la propriété du détenteur un effet résolutoire, puisqu'une fois les créances payées, il reprend le surplus de la chose. Il est donc propriétaire en vertu de son acquisition ; nous lui appliquerons la règle : *Res perit domino*.

S'il prend le troisième moyen, s'il fait purger son immeuble : ou bien les créanciers accepteront son

offre et le laisseront propriétaire, ou, ne la trouvant pas suffisante, ils feront saisir l'immeuble pour le vendre aux enchères, à la condition de surenchérir du dixième en sus du prix de vente. L'adjudication sur délaissement ne résoudra pas le droit de propriété du tiers détenteur. En est-il de même de la surenchère du dixième ?

Nous ne voulons pas nous faire ici l'écho des controverses soulevées par cette importante solution ; qu'il nous suffise de constater les résultats opposés des deux solutions par rapport à la perte fortuite de la chose hypothéquée entre la vente pure et simple et l'adjudication.

Si nous décidons que l'adjudication avec surenchère du dixième résout le droit de propriété, le tiers détenteur sera réputé n'avoir jamais été acquéreur ou propriétaire. En cas de perte fortuite, le débiteur originaire la supportera.

Si nous adoptons la solution opposée, le tiers acquéreur transmettant à l'adjudicataire la propriété qu'il tient du débiteur, est regardé comme propriétaire depuis la vente jusqu'à l'adjudication avec surenchère, et comme devant supporter la perte fortuite arrivée dans cette période.

Supposons que le tiers acquéreur ou détenteur prenne le quatrième moyen de libération ; les créanciers non désintéressés pourront faire saisir le gage et le vendre aux enchères. Les risques de la chose entre la vente et l'adjudication seront pour le tiers acquéreur. Il en sera de même si le détenteur se laisse

exproprier par les créanciers sans avoir fait une offre, car l'adjudication sur saisie n'est pas résolutoire. Nous en trouvons la preuve dans le deuxième alinéa de l'article 2177.

SECTION II

De l'Échange

En faisant de l'échange un contrat consensuel, le Code Civil n'a fait qu'augmenter la grande affinité de ce genre d'obligations avec la vente. Le transfert de propriété des objets échangés s'opère aujourd'hui par le seul effet du consentement; à Rome la tradition était indispensable.

Interprétant l'article 1702 qui définit l'échange, « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre », M. Marcadé ne croit pas à l'existence du contrat d'échange s'il n'y a pas transfert de propriété. Ainsi, l'échange serait sans valeur dans le cas où l'un des objets promis serait indéterminé dans son espèce ou dans son genre à cause de l'impossibilité du transfert de la propriété au coéchangiste dès l'accord des deux volontés.

Nous n'adopterons pas cette interprétation judaïque; nous croyons, d'accord avec la grande majorité des auteurs, qu'il faut largement interpréter l'article 1702, et l'appliquer à tous les cas où les parties ont eu manifestement l'intention d'échanger, n'y eût-il de part et d'autre qu'une promesse d'échange. En rendant plus

complète l'assimilation de l'échange à la vente, les rédacteurs du Code ont autorisé cette extension des termes de l'article 1702. Ainsi, il y aura contrat d'échange, soit que les parties aient réciproquement transféré la propriété des deux objets déterminés, soit que l'une, ayant livré un corps certain, n'ait reçu en retour qu'une créance ou une promesse, soit enfin qu'il y ait création d'obligations réciproques sans transfert immédiat de propriété.

Cette manière de voir nous conduira, dans la questions des risques en cas de perte fortuite, à des solutions que repousserait M. Marcadé. Tandis que son système l'amène à faire toujours supporter la perte de l'un des objets de l'échange par le créancier devenu propriétaire, et à ne jamais séparer la maxime : *Res perit domino* de la règle : *Res perit creditori*, nous arriverons, en vertu des conséquences rigoureuses de notre interprétation, à faire supporter le cas fortuit par le *dominus* débiteur, toutes les fois qu'il conservera la propriété jusqu'à la tradition. Au reproche que l'on pourrait nous faire, il est facile de répondre que cette exception à la rigidité des principes ne doit pas paraître plus extraordinaire en matière d'échange que dans la vente.

Ajoutons que la promesse d'échange vaut échange et en emprunte toutes les règles sans en excepter celles des risques.

SECTION III

Du Louage

Les rédacteurs des articles 1708 à 1712 se sont attachés à donner une exacte classification des diverses sortes de louages. Nous suivrons, pour plus de méthode l'ordre adopté par le Code Civil. Le louage de choses se subdivise en trois catégories : c'est le louage ordinaire, si l'objet est un corps, certain mobilier ; s'il s'agit d'immeubles, on distingue entre les immeubles autrefois appelés urbains, tels que maisons et constructions, et les héritages ruraux ; au premier cas c'est le bail à loyer, au second le bail à ferme, si le prix du bail est payable en argent, et le colonat si la *merces* se compose d'une partie de fruits.

§ 1^{er}. — Louage de choses.

1° Bail à loyer. — Nous trouvons à l'article 1719 les principes qui servent de base aux décisions applicables aux diverses hypothèses de perte fortuite dans le louage. « Le bailleur est obligé par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin de stipulation particulière : 1° de délivrer au preneur la chose louée ; 2° d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; 3° d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. » L'obligation du locateur est donc successive, tandis que celle du ven-

deur est indivisible. L'obligation imposée au locateur de veiller pendant toute la durée du bail à la conservation de la chose et à la jouissance du locataire, a fait analyser le louage en une série de ventes de choses futures, avec division du prix en autant de fractions qu'il y aura eu de jours dans la durée de la jouissance du locataire. Il suit de là que le prix cesse d'être dû si la chose périt totalement ; que le preneur, en cas de perte partielle ou de simple privation de jouissance, a le droit de demander à son gré une diminution de prix ou la résiliation du bail (1722). Telle est la règle générale, commune aux baux à ferme et aux baux à loyer. Le louage ne transférant que la jouissance et pas la propriété, la perte sera pour le bailleur en sa qualité de *dominus* : il n'a plus à recevoir de *merces*, puisqu'il ne procure pas de jouissance ; il perd la chose et le prix. C'est absolument la même théorie qu'en matière de vente, mais sous un jour nouveau ; c'est en même temps la théorie du Droit romain sur les risques.

On ne considère pas comme des cas fortuits, dans le louage, les vices qui ont occasionné à la chose louée une perte ou diminution de valeur depuis le contrat. Le bailleur en est responsable en vertu de son obligation successive, et peut se voir condamné pour imprévoyance à des dommages-intérêts. En matière de vente, au contraire, où l'obligation du vendeur cesse dès la convention, les vices découverts plus tard, autres que les vices rédhibitoires, sont assimilés aux cas fortuits ordinaires. On met au nombre des pertes par force

majeure la privation de jouissance du locataire par accident ; le bailleur devra la supporter en accordant au preneur, s'il le demande, une réduction de prix semblable à celle que l'article 1709 permet dans des cas semblables en matière de fermages. L'interprétation de l'article 1722 et son esprit suppléent sur ce point à son silence. Mais on ne devra accorder de réduction que lorsque le dommage éprouvé par le locataire pourra être évalué à la moitié et plus du prix de location pour une année.

On présume que la perte partielle et les dégradations ont été occasionnées par le locataire ; l'article 1752 l'oblige en conséquence à prouver qu'il n'y a pas de sa faute, mais ne le met pas dans la nécessité de prouver le cas fortuit. Ce n'est plus l'application de la théorie générale du Code en matière de preuves du cas fortuit, telle qu'elle est exposée aux articles 1147, 1808 et 1502, § 5, en vertu desquels le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

L'article 1755 est une exception motivée par la nature spéciale du contrat de louage, dans lequel le propriétaire, en permettant au preneur de se servir de la chose, se met dans l'impossibilité de surveiller et de prévenir les accidents. Le preneur en est, jusqu'à preuve contraire, présumé l'auteur ; il doit prouver sa libération comme tout détenteur d'un corps certain, puisqu'il jouit de la chose à l'exclusion de toute autre personne. L'article 1755 vise le cas spécial d'un incendie et ne doit pas être généralisé : la présomption de faute qu'il établit autorise la demande de plein droit

des dommages-intérêts, tandis que dans les hypothèses ordinaires, c'est au demandeur à faire, par toutes sortes de moyens, la preuve du fait sur lequel il base sa demande en dommages. Ici, la loi désigne d'une façon spéciale ce qu'il faut prouver : « 1° que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure ; 2° qu'il a eu lieu par vice de construction ; 3° qu'il a été communiqué par une maison voisine. » Ces dispositions trouvent leur motif dans la fréquence des incendies, et dans la présomption qu'ils sont presque toujours occasionnés par la négligence des locataires.

2° *Bail à ferme*. — En dehors des règles générales du louage, applicables au bail à ferme, les législateurs ont édicté pour les applications de détail des dispositions spéciales à ce contrat. Les articles 1769 à 1775 s'occupent des cas de perte fortuite et de l'indemnité allouée au fermier pour pertes de récoltes. Cette réduction du prix de bail découle de ce principe que le locateur est obligé de subir une diminution de profits proportionnels à la diminution de jouissance du preneur. L'indemnité est due pour toute perte arrivée pendant que les fruits, encore sur pied, font partie inhérente du sol et demeurent la propriété du bailleur ; l'application de la règle *res perit domino* conduit ici à la réduction proportionnelle. Aussitôt que les fruits sont coupés, ils deviennent la propriété du fermier, et la même maxime *res perit domino* mettra la perte à sa charge.

La disposition de l'article 1771 n'est pas applicable au colon partiaire, qui partage les fruits et les pertes avec le maître.

Le fermier ne peut pas réclamer une remise de prix pour toute perte qui diminue sa récolte : la loi a limité l'intensité du dommage qui autorise une réclamation; c'est le but des articles 1769 et 1770; elle a de plus, dans l'article 1793 déterminé les cas fortuits qui peuvent être mis à la charge du preneur.

Pour donner lieu à une réduction, la perte doit être totale ou supérieure à la moitié pour une année entière; on a ici introduit la perte d'outre moitié d'origine canonique, inconnue, par conséquent, en Droit romain. Le bail n'est-il que d'une année, le bailleur subit une réduction définitive et proportionnelle; il n'a pas droit au prix si toute la récolte périt.

Si le bail est de plusieurs années, un moyen lui est offert pour se rédimer de la réduction momentanée qu'il a été obligé de subir : l'article 1769 nous dit que le fermier ne peut pas réclamer de remise si les récoltes précédentes l'ont indemnisé; s'il ne l'est pas, il peut se faire qu'il le sera plus tard par l'excédant de la récolte des années à venir : mais pour le savoir il faut attendre la fin du bail, époque où deviendra possible le calcul de compensation autorisé par l'article 1760. Ce calcul se fait en prenant dans chaque année abondante tout ce qui a dépassé le revenu moyen et prévu, et en comblant avec la somme de ces excédants partiels les déficits des années malheureuses.

Une controverse s'est élevée sur ce mode de calcul : faut-il, pour compter le déficit, tenir compte des pertes partielles, quelques minimes qu'elles soient; ne faut-il, au contraire, compter de déficit que dans les années

où la perte s'est élevée au-dessus de la moitié de la récolte ordinaire?

L'article 1769 semble adopter le premier mode de calcul en disant qu'on doit faire la compensation de *toutes* les années; d'autant plus que la deuxième manière aurait pour résultat, si dans toutes les années, ou peu s'en faut, la récolte n'a guère dépassé la moitié de la moyenne, de faire subir au fermier une perte considérable sans lui donner aucun droit à la réduction.

Le fermier est obligé de payer le prix du bail en attendant la compensation définitive; il devra peut-être emprunter s'il a beaucoup perdu dans l'année; la loi vient à son secours en autorisant le juge à dispenser provisoirement le preneur de payer tout le prix du bail.

L'article 1772 autorise le preneur à se charger par clause formelle de tous les cas fortuits; et l'article 1773 ajoute que cette disposition ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure; mais non des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, des inondations, etc., à moins que le preneur n'ait pris formellement à sa charge non seulement les cas fortuits ordinaires, mais encore les cas fortuits extraordinaires.

Cet article demande une explication.

Pothier nous apprend que l'ancien Droit établissait certaines distinctions dans les accidents de force majeure susceptibles de diminuer les récoltes : 1° il y avait d'abord les cas fortuits prévus, tels que la gelée

et la coulure; 2° les cas fortuits plus rares que l'on peut raisonnablement prévoir, comme un ouragan, une inondation; 3° enfin, les événements absolument imprévus et extraordinaires occasionnés par le pillage ou la guerre. Le fermier devait toujours supporter les cas fortuits de la première classe, car on pensait qu'il les avait prévus; il répondait de ceux de la deuxième classe s'il s'en était chargé par clause expresse; mais il était de l'essence des derniers d'être à la charge du locateur.

Les législateurs n'ont pas trouvé que cette théorie fût juste à l'égard du fermier : obligé de payer la *merces* en cas de perte fortuite, il se trouvait chargé des risques bien qu'il ne fût pas propriétaire. Ils ont voulu poursuivre les conséquences de la règle : *res perit domino*, et obéir jusqu'au bout à cette idée fondamentale dans le louage, que la *merces* doit subir une réduction proportionnée à la diminution de jouissance.

Voici le système du Code Civil : les parties ont-elles gardé le silence sur les éventualités de perte, on leur applique le Droit commun; tous les risques sont pour le *dominus*, pour le bailleur, si la perte est supérieure à la moitié pour une année entière.

Lorsque les parties ont expressément décidé que le fermier supporterait les cas fortuits, la loi distingue entre les cas fortuits ordinaires et extraordinaires. Interprétant, comme toujours, les conventions en faveur du débiteur, l'article 1773 décide que cette clause ne fait supporter au fermier que les cas fortuits ordina-

res, c'est-à-dire ceux qu'il a pu raisonnablement prévoir lors du contrat, tels que la grêle, la gelée, la coulure, etc. Les accidents extraordinaires assimilés aux ravages de guerre sont à la charge du propriétaire. Mais le Code, s'écartant de la doctrine de Pothier, autorise le fermier à les prendre pour lui par une clause expresse.

On a l'habitude de faire supporter par le preneur toutes les pertes fortuites dont la cause existait déjà antérieurement au contrat; c'est tout naturel, puisque la connaissance du danger a dû entrer en ligne de compte dans l'offre faite par le fermier.

§ 2. — *Louage d'ouvrages et d'industrie.*

1° *Louage de domestiques.* — Nous retrouvons encore à la base des décisions du Code en matière de risques dans le louage d'ouvrages, cette idée, que le prix n'est dû qu'en proportion du service rendu, et qu'il y a lieu, par conséquent, à une réduction proportionnelle, toutes les fois que le preneur est entravé dans sa jouissance. Or, ici, le locateur c'est le domestique qui loue son travail; c'est lui qui devra subir la réduction en vertu de la règle *res perit domino*, le propriétaire tient ici la place du locataire ou preneur dans le louage de choses; il pourra demander la réduction. Il suit de là que le salaire n'est pas dû au domestique pour le temps qu'il est resté malade. C'est ainsi que décidait Pothier.

Le maître peut obtenir une réduction de salaire si

le cas fortuit qui fait cesser le travail provient du côté du domestique; si le cas fortuit vient du côté du maître, l'ouvrier, libéré en vertu de la règle *impossibilia nulla est obligatio*, pourra exiger son salaire, diminué toutefois, comme en Droit romain, de ce qu'il a pu gagner ailleurs pendant la durée de l'empêchement. Si la perte doit son origine à un cas de force majeure absolument indépendant des parties, la perte du salaire est pour, le locateur, c'est-à-dire pour le domestique. Il est à remarquer que le temps sert ici de base à l'évaluation de la réduction, car le louage de domestiques est toujours fait pour un temps déterminé.

Dans le louage d'industrie, au contraire, on n'a jamais égard au temps; on ne se base que sur la somme de travail exécuté.

2° *Louage de voituriers*. — Ce contrat a pour but de faire transporter par terre et par eau toutes sortes de marchandises et de sommes d'argent. Les dispositions édictées par le Code Civil sont complétées par le Code de Commerce à la section qui a pour titre : « Des commissionnaires pour les transports par terre et par eau. » L'ensemble des articles rend le voiturier responsable des accidents qui peuvent arriver à la chose transportée, hors les cas de force majeure. C'est bien dire que le propriétaire supporte seul les cas fortuits, si le voiturier ne s'en est spécialement chargé. Le voiturier, responsable de la perte des objets transportés, doit, en cas d'accident, prouver le cas fortuit pour se libérer. Sa faute est présumée depuis le moment où

les objets lui sont confiés, soit au port, soit à l'entrepôt, jusqu'au jour où l'expéditionnaire les reçoit. Le mot perte s'entend ici non-seulement de la perte totale ou partielle, mais des détériorations appelées avaries et du retard subi en dehors de la durée du voyage fixée par la lettre de voiture.

Cette lettre de voiture sert aussi à constater la valeur des marchandises pour former la base de l'évaluation des dommages dus par le voiturier qui n'établit pas l'existence d'une force majeure. Lorsque les objets voyagent sans valeur déclarée, c'est au propriétaire à prouver, par toutes sortes de moyens, le prix des objets perdus : mais cette preuve n'est pas toujours facile, aussi les voituriers ou maîtres de navire à qui l'on confie des objets précieux sans les en avertir, ne sont également responsables que de la valeur qu'aurait eu le paquet transporté, s'il avait contenu des objets ordinaires. Ainsi, une malle remplie de linge contient à l'insu du voiturier une somme de 1,000 francs non déclarée; vient-elle à se perdre, le prix du linge sera seul dû à l'expéditeur; mais le commissaire est absolument libéré s'il prouve l'existence du cas fortuit.

Cette règle a été généralisée en matière de transports de valeurs par la poste. C'est ainsi que la loi du 5 nivôse an V fixe invariablement à 50 francs l'indemnité due pour perte de valeurs transportées, et la loi du 4 juillet 1859 maintient formellement cette disposition.

On distingue aujourd'hui entre les lettres recommandées et les lettres chargées; les valeurs expédiées

par lettres recommandées ne sont jamais remboursées ; l'administration ne doit au réclamant qu'une somme fixe de 25 francs, sauf le cas de force majeure où l'expéditeur supporte seul la perte. (Art. 5, loi de 1859.) Si l'expédition se fait par lettre chargée, la valeur déclarée sera remboursée en cas de perte si la direction des postes ne parvient pas à prouver le cas fortuit.

L'article 1784 du Code Civil met la preuve du cas fortuit à la charge du voiturier. Les articles 97 et 98 du Code de Commerce, qui rendent le commissionnaire responsable du retard et des avaries, ajoutent : « Sauf le cas de force majeure légalement constatée. » Enfin, l'article 100 du même Code nous dit : « Que la « marchandise sortie du magasin du vendeur ou de « l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, « aux risques et périls de celui à qui elle appartient, « sauf son recours contre le commissionnaire et le voi- « turier chargés du transport. » Ainsi, *res perit domino*, puisque l'expéditeur conserve la propriété des objets transportés. Les avaries qui proviennent du vice propre de la chose sont, comme les cas fortuits, à la charge de l'expéditeur. (Art. 103 C. Com.)

Faut-il décider, comme en matière de louage de domestiques, que l'expéditeur pourra, dans certains cas de perte, obtenir une réduction de prix ? Nous croyons qu'il faut faire, à cet égard, une double distinction. Et d'abord, si la perte fortuite est totale, l'expéditeur perdra la chose sans avoir à réclamer des dommages : *res perit domino* ; mais quant au prix, nous décide-

rons volontiers qu'il ne serait pas dû si la perte fortuite venait du côté du voiturier. Ainsi, un objet donné pour être transporté périclète dans l'entrepôt du commissionnaire, dans un incendie allumé par la foudre : le prix du transport ne sera pas exigible. Il le sera, au contraire, si la perte fortuite vient du côté de l'expéditeur. En cas de perte fortuite partielle, cette distinction n'a pas de raison d'être, car l'objet, existant encore, peut arriver à destination et rendre le prix exigible.

5° *Devis et Marchés.* — Le contrat de louage qui intervient entre un propriétaire et des ouvriers constructeurs, est très-souvent basé sur une estimation des travaux à exécuter avec plans à l'appui. On dit alors que le travail est donné à l'entreprise; le propriétaire trouve dans cette manière de traiter non-seulement les indications qui lui sont nécessaires, mais encore l'avantage de n'avoir pas à surveiller et de pouvoir refuser les travaux s'ils ne sont pas exécutés dans de bonnes conditions.

Les risques, en cas de perte ou de détérioration, seront pour le propriétaire : *res perit domino*; telle est la règle générale. Mais nous devons distinguer suivant que la matière à travailler est fournie par l'ouvrier ou par le locataire. (Art. 1789.)

Prenons d'abord l'hypothèse où le propriétaire a fait prix avec un entrepreneur qui s'engage à livrer dans un temps voulu une maison habitable et à fournir tous les matériaux nécessaires. La maison n'appartiendra au locataire que le jour où il l'aura acceptée; son con-

seulement produira le même effet que dans une vente ; jusqu'à ce moment, la convention a une grande affinité avec la vente d'une chose future ; de sorte que, si la maison en construction périt fortuitement en tout ou en partie avant la livraison, l'entrepreneur perdra tout à la fois et la chose et le prix : la chose, puisqu'il est propriétaire des matériaux ; le prix représentatif de son travail, puisque la somme du travail est sa propriété jusqu'à la livraison au locateur. L'article 1788 ajoute, après avoir mis les risques à la charge de l'ouvrier : « A moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

L'article 1790 s'occupe du second cas, de celui où l'ouvrier travaille sur les matériaux fournis par le propriétaire. Il s'écarte dans cette hypothèse de la législation romaine, interprétée par Pothier, qui faisait supporter par le propriétaire locateur, non-seulement la perte fortuite des matériaux, mais encore celle du prix qu'il devait payer à l'ouvrier proportionnellement au travail exécuté ; même avant la fin et l'acceptation des travaux.

Voulant être jusqu'au bout fidèles à la maxime *res perit domino*, les rédacteurs du Code décidèrent que si la chose venait à périr fortuitement avant d'être agréée, la perte des matériaux serait supportée par le propriétaire qui les a fournis, et que l'ouvrier n'aurait pas droit à son salaire ; il en supporte lui aussi la perte comme propriétaire.

S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut se faire par parties (arti-

de 1791); on considère chaque partie comme une œuvre complète dont l'acceptation fera passer au locateur les risques et la propriété.

Enfin, une disposition particulière autorise l'ouvrier à se faire décharger des risques en prouvant que la perte a été occasionnée par des vices cachés que le propriétaire a eu tort de ne pas faire connaître; mais celui-ci peut, à son tour, prétexter son inexpérience, et reprocher à l'entrepreneur de n'avoir pas employé ses connaissances spéciales à rechercher si la matière était ou n'était pas propre au travail.

§ 3. — *Bail à cheptel.*

L'article 1800 du Code Civil définit le cheptel : « un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles. »

Les anciennes Coutumes regardaient le cheptel comme un véritable bail, dans lequel la propriété des animaux demeurait exclusivement au propriétaire, qui devait naturellement supporter tous les cas fortuits. Pothier était d'un avis tout opposé : il voyait dans le cheptel une véritable société formée entre le propriétaire et le cheptelier, et faisait également supporter par les deux associés la perte partielle ou totale du troupeau. Pour justifier ce système, Pothier supposait, sans aucun espèce de fondement, que le propriétaire faisait au cheptelier l'avance de sa moitié sur la propriété du trou-

peau ; mais il n'osait pas soutenir jusqu'au bout ce système et n'admettait pas dans le cheptel les conséquences admises dans la société à laquelle il l'assimilait.

Le Code a continué la tradition des Coutumes : son intention, très-nettement formulée, ressort de la différence de rédaction entre l'article 1800, où le cheptel ordinaire est appelé *un contrat*, et l'article 1818, où le cheptel à moitié est défini *une société*.

Il y a cinq espèces de cheptels énumérés dans l'article 1801. Le cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à la condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte. L'estimation qui accompagne le bail à cheptel ne vaut pas vente, le maître reste seul propriétaire du troupeau, il en supporte seul la perte totale, arrivée par cas fortuit ; c'est l'application de la règle *res perit domino*.

Le cheptelier n'est que le gardien des animaux ; mais l'avantage qu'il retire du contrat resserre les liens de sa responsabilité à l'égard du propriétaire ; il répond non-seulement de sa faute très-légère, mais même des cas fortuits occasionnés par une faute antérieure. Le maître a le droit et le devoir de prouver la faute qu'il reproche au cheptelier, et celui-ci doit à son tour se disculper en prouvant qu'il n'y a pas eu de sa faute, mais cas fortuit déterminé.

Après avoir fait supporter la perte totale par le bailleur à cheptel dans l'article 1810, le législateur consa-

cre pour le cas de perte partielle un système tout opposé et bien défectueux. « S'il n'en périt qu'une partie, continue notre article, la perte est supportée en commun d'après le prix de l'estimation originaire et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel. » Pourquoi ne pas mettre la perte partielle à la charge du *dominus* pour le tout ? M. Mauricault nous en fournit la raison en parlant de la rédaction de l'article 1810. (Loché, t. 14, p. 446.) « Non-seulement cela est conforme aux principes, ajoute-t-il après avoir donné la décision pour le cas de perte totale, mais cela est de toute justice, puisque l'extinction absolue ôte au preneur tout espoir de réparer la perte, espoir qui lui reste et qui souvent est rempli, quand l'extinction n'est que partielle, au moyen des laines du croît et de l'augmentation de valeur de ce qui n'a pas péri. »

Nous avouons que cette raison nous semble insuffisante pour entraîner une dérogation à la règle générale. Cette idée de justice a d'ailleurs un résultat immoral en faisant naître dans l'esprit du cheptelier dont le troupeau périt en partie, le désir de le voir entièrement disparaître afin de ne pas contribuer à supporter la perte.

Le but du cheptel serait complètement manqué pour le cheptelier si le maître avait la faculté de lui imposer de lourdes charges : la loi le protège en prohibant certaines dispositions trop dures, celle par exemple qui ferait supporter la totalité des risques par le preneur.

2° Le cheptel à moitié diffère du précédent en ce qu'il a le caractère de société que Pothier avait voulu

imprimer à toute espèce de cheptels. Chacun des contractants fournit la moitié du troupeau et supporte la moitié des pertes fortuites.

5° Le Code parle ensuite du cheptel de fer, ainsi nommé parce qu'il est intimement lié avec le bail à ferme. L'estimation du bétail est faite en vue de la restitution qui doit s'opérer à la fin du fermage. Le preneur reçoit les immeubles garnis de tous les outils nécessaires à l'exploitation, et dont il est fait inventaire; le cheptel de fer remplace l'inventaire pour ce qui concerne les animaux, et oblige le fermier à restituer à l'expiration du bail des animaux de même nature et de même valeur.

Par exception, l'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses risques (articles 1822 et 1825.). C'est une dérogation manifeste à la théorie de l'article 1158; mais elle est motivée par la nature spéciale du contrat, et par la considération que le fermier doit supporter la perte d'une chose dont il retire tous les avantages.

4° Si le cheptel est donné par le propriétaire à son colon partiaire ou métayer, la perte totale fortuite est supportée par le bailleur (art. 1827), la perte partielle est commune. A la différence des autres cheptels, celui-ci permet au maître de rendre plus dures les conditions du cheptelier; c'est une compensation de la nourriture et du logement que fournit le bailleur. On pourrait convenir que la perte sera supportée par le colon dans une plus grande proportion que par le propriétaire;

mais l'article 1828 prohibe la convention qui mettrait toute la perte à la charge du cheptelier.

Les observations que nous avons faites en parlant du cheptel simple et du cas de perte partielle, sont applicables à la décision du législateur dans le cheptel donné au colon partiaire.

SECTION IV

De la Société

Lorsque l'un des objets promis comme apport à la société vient à périr par cas fortuit, on suit, d'après les circonstances, les règles de la vente ou celles du louage. La nature des conventions ou celle de l'apport nous amènera à examiner successivement diverses hypothèses.

Mettons d'abord de côté le cas où la chose promise à la société périt avant que l'apport n'en soit effectué. Il est hors de doute que l'application de la règle *res perit domino* fera supporter la perte par le propriétaire. L'article 1867 est relatif à cette hypothèse; mais l'obscurité de ses termes a fait croire à une contradiction entre le premier et le troisième de ses paragraphes. Voici comment il s'exprime : « Lorsque l'un des
« associés a promis de mettre en commun la propriété
« d'une chose, la perte survenue avant que la mise en
« soit effectuée, opère la dissolution de la société par
« rapport à tous les associés. — La société est égale-
« ment dissoute dans tous les cas par la perte de la

« chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé. Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » Il semblerait résulter des expressions « avant que la mise en soit effectuée, » qu'on abandonne en matière de société la théorie de l'article 1158 sur le transfert immédiat de la propriété pour exiger une tradition réelle de l'apport. Aussi, s'est-on bien souvent demandé quel était le sens du premier paragraphe mis en opposition avec le dernier du même article. Quelques auteurs y voient deux hypothèses distinctes : dans le commencement de l'article, il s'agirait de celle où l'associé aurait promis à la société la propriété d'une chose; la société, simplement créancière jusqu'à l'apport, ne supportera pas les risques, car la remise est incertaine. C'est l'application des principes admis dans les obligations sous condition suspensive. Le législateur viserait ensuite le cas de l'apport de la jouissance d'un objet. Ce système nous conduirait à décider que la société ne devient propriétaire que par la tradition. Ce résultat déplorable est loin d'avoir été le but des rédacteurs, qui voulurent simplement parler des effets de la perte fortuite relativement à la dissolution de la solution. Le § 1^{er} se rapporte aux cas où le transfert de propriété est retardé jusqu'à une époque indéterminée, par exception à la règle générale de l'article 1158 : nous avons déjà vu que si la propriété se transfère, en principe, par le seul effet de l'obligation, elle reste au débiteur toutes

les fois qu'il s'est engagé à fournir un genre, une chose qui ne lui appartient pas encore, une chose future ou une chose qu'il promet sous condition suspensive. L'événement de la condition ou la tradition qui détermine l'individualité de l'objet, mettent seules les risques et la propriété à la charge du créancier. C'est à ces hypothèses que le premier paragraphe fait allusion; les mots « avant que la mise n'en soit effectuée, » ne veulent pas dire : avant que la tradition en soit faite; mais bien : avant que la propriété promise ait pu être transférée à la société. Ce sens est confirmé par la dernière phrase de notre article.

Si nous supposons que la perte a eu lieu après la réalisation de l'apport par la société, nous devrions considérer avant tout la nature de cet apport. L'associé a pu promettre la pleine propriété, ou seulement l'usufruit; il peut avoir livré une chose à la société pour qu'elle en ait simplement l'usage, comme l'aurait un locataire ou un fermier.

§ 1^{er}. — *Apport de la pleine propriété.*

La propriété d'un corps certain passe à la société, comme en matière de vente, par le seul effet du consentement des parties. La perte totale de l'apport est à la charge de la société, alors même que la remise n'en aurait pas été faite. L'article 1138 reçoit ici son entière application. Mais il peut arriver, comme dans une vente, que le transfert de la propriété soit retardé de quelque temps par l'effet d'une convention expresse,

d'une condition suspensive, ou de la nature encore indéterminée de l'apport; s'il consiste, par exemple, en un genre ou une quantité, comme tant de mesures de blé. Les risques seront presque toujours alors pour le débiteur demeuré propriétaire. Si l'apport consiste en une somme d'argent, elle appartient dès la promesse à la société qui en supporte les risques. L'article 1846 constitue la société de plein droit et sans demande créancière de la somme à compter du jour où elle devait être payée, et l'associé débiteur de plein droit des intérêts de cette somme.

Si donc elle périt fortuitement avant la remise, la société supportera la perte, pourvu que l'associé débiteur prouve qu'elle eût également péri dans la caisse de la société; pourvu encore qu'il n'ait pas été mis en demeure de payer.

§ 2. — *Apport de l'usufruit.*

Nous appliquerons ici l'article 1851 : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment pas par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. » C'est absolument la même décision que dans la vente; la règle : *res perit domino* aura pour conséquence de faire supporter la perte de la chose par l'associé; la perte des fruits et des espérances de gain par la société, qui continuera cependant à exister.

L'article 1851 contient ensuite quelques innovations

du Droit français à propos de l'apport de choses fongibles ou d'objets qui se détériorent par l'usage. Le but de spéculation de l'associé serait complètement manqué s'il était obligé de reprendre plus tard un objet presque sans valeur ; on s'est donc écarté des règles de l'article 589 en matière d'usufruit, pour décider que les choses fongibles, celles qui se détériorent, qui sont destinées à être vendues ou qui ont été estimées par inventaire, sont aux risques de la société qui doit, lors de sa dissolution, en rendre de semblables ou la valeur portée par l'inventaire. Ces règles sont en même temps applicables aux sommes d'argent assimilées aux choses fongibles.

§ 5. — *Apport de l'usage.*

La société joue ici le rôle d'un locataire ou d'un fermier. Nous trancherons la question des risques comme dans le louage, en faisant supporter la perte totale par l'associé demeuré propriétaire et obligé par son obligation successive à faciliter la jouissance de la société.

La perte de l'apport dissout la société ; elle est libérée, vis à vis du propriétaire assuré, par la maxime : *Impossibilium nulla est obligatio.*

Si la perte n'est que partielle, nous serons, croyons-nous, régis par le deuxième alinéa de l'article 1722, et la société pourra, suivant ses intérêts, demander une réduction dans le dividende promis au propriétaire de la chose, ou demander la dissolution de la société.

L'associé, gérant de la société, peut éprouver des dommages par suite de l'exercice de sa gestion, par exemple dans un voyage entrepris dans l'intérêt commun. Devra-t-il supporter seul la perte d'objets qui lui sont personnels? La loi dit formellement que non; l'article 1852 donne au gérant une action contre la société, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour la société, mais encore à raison des risques inséparables de sa gestion. Nous ne distinguerons plus aujourd'hui, comme on le faisait à Rome, entre la cause directe et indirecte de la perte fortuite; il suffit que le propriétaire ait éprouvé un dommage qu'il n'aurait pas souffert s'il n'avait pas été gérant de la société.

SECTION V

Du Prêt

Les rédacteurs de l'article 1874 nous disent qu'il y a deux sortes de prêt : « Celui des choses dont on peut
« user sans les détruire, et celui des choses qui se con-
« somment par l'usage qu'on en fait. La première es-
« pèce s'appelle prêt à usage ou *commodat* ; la deuxième
« s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt.»
Nous n'insisterons pas sur l'inexactitude des termes de cet article ; qu'il nous suffise de faire remarquer que l'on ne doit pas seulement s'attacher à la nature de la chose prêtée, comme semble le dire le Code, pour déterminer s'il y a *commodat* ou prêt de consommation ;

il faut encore et surtout considérer à quel usage doit servir l'objet emprunté. Ainsi, il peut arriver que des choses fongibles qui se détériorent par l'usage, soient prêtées *ad pompam et ostentationem*, comme ornement, avec condition expresse de ne pas les changer : il y aura dans ce cas un prêt à usage et non pas un prêt de consommation. D'un autre côté, le prêteur d'une chose qui ne se consomme pas par l'usage, peut consentir à ce que l'emprunteur ne soit pas tenu de rendre identiquement la même : ce sera un prêt de consommation, en dépit des expressions de notre article.

La question des risques reçoit dans chacun de ces contrats une solution différente.

§ 1^{er}. — *Prêt à usage.*

Ce genre de prêt n'opère pas le transfert de la propriété. Le prêteur reste maître de sa chose, l'emprunteur n'a que le droit de s'en servir conformément à sa destination ; il commettrait une faute s'il l'employait à tout autre usage qu'à celui qui a été raisonnablement prévu par le prêteur. Celui-ci supportera donc la perte fortuite et ne pourra réclamer aucun dommage au débiteur même pour les accidents directement causés par le travail auquel elle a été soumise ; le prêteur aurait dû prévoir que l'usage entraîne nécessairement des détériorations (1502).

Le prêt est un contrat de bienfaisance tout à l'avantage de l'emprunteur ; c'est pour cela que la loi a res-

serré les termes de la responsabilité du débiteur; il doit à la chose les soins empressés d'un bon père de famille. Le nombre des cas fortuits sera donc moins considérable que dans d'autres contrats.

Les articles 1881 et 1882 contiennent des exceptions à la règle *res perit domino*; certaines sont basées sur cette idée, que le cas fortuit a été occasionné par une faute antérieure du commodataire. Ainsi, il sera responsable de toutes détériorations ou pertes totales, s'il s'en est expressément chargé par convention, s'il a abusé de l'usage auquel la chose était destinée; s'il l'a détournée pour l'employer à un service qui ne convenait pas à sa nature; s'il l'a inutilement exposée à un danger, etc. Il en serait de même, aux termes de l'article 1881, si le commodataire avait prolongé l'usage de la chose au-delà du temps convenu. Il y a dans toutes ces hypothèses, présomption de faute contre le commodataire; mais cela ne veut pas dire qu'il soit toujours obligé de supporter la perte; il en est affranchi lorsqu'il prouve que l'abus dont il s'est rendu coupable n'est pour rien dans la perte, et que l'accident serait aussi bien arrivé à la même époque chez le propriétaire commodant.

L'emprunteur est encore en faute lorsqu'il n'a pas assez soigneusement veillé, pendant un désastre, à la conservation de l'objet emprunté. Il y a contre lui présomption légale, lorsqu'il a mieux aimé sauver des objets qui lui appartenaient avant la chose empruntée, ou lorsqu'il aurait pu la garantir en employant la sienne propre. (Art. 1882.)

Mais que décider si l'emprunteur, ayant déposé dans un même local la chose empruntée et la sienne, dont la valeur est dix fois plus considérable, s'est empressé de sauver avant tout l'objet précieux? Faudra-t-il appliquer à la lettre l'article 1882? Ce sera parfois ridicule, mais les termes de la loi ne permettent pas d'autre interprétation. Ne peut-on pas, d'ailleurs, justifier cette décision en disant que la conservation de l'objet précieux dédommagera l'emprunteur de l'obligation de rembourser au commodant la valeur de celle qui a péri?

Pour échapper à ces divers inconvénients, le prêteur peut exiger une estimation des objets qu'il prête : cette estimation vaut vente et transmet la propriété à l'emprunteur, qui doit en conséquence, supporter les cas fortuits. (art. 1885).

§ 2. *Prêt de consommation.* — L'emprunteur, autorisé à consommer jusqu'à la substance des choses empruntées, doit nécessairement en acquérir la pleine propriété, sous l'obligation de restituer au prêteur une égale quantité de choses semblables, ou leur valeur prise au moment désigné pour la restitution, et au moment du prêt si l'époque de la restitution n'a pas été prévue.

« L'emprunteur, dit l'article 1895, devient propriétaire de la chose prêtée, et c'est pour lui qu'elle péricule, de quelque manière que cette perte arrive. » Ainsi, la perte, même purement fortuite, ne libère jamais l'emprunteur, car son obligation a pour objet un genre qui ne péricule pas.

Les sommes d'argent sont assimilées aux choses fongibles; que le prêt soit gratuit ou qu'il soit fait avec stipulation d'intérêts, l'emprunteur en supporte toujours la perte fortuite.

SECTION VI

Du Dépôt

En cas de perte par force majeure, les mêmes principes sont applicables au dépôt volontaire et au dépôt nécessaire. La propriété de l'objet déposé reste au déposant; c'est donc pour lui, *dominus*, que la chose périt ou se détériore par cas fortuit. Le dépositaire n'est tenu des accidents de force majeure que s'il est en faute ou en demeure de restituer.

Le contrat de dépôt est presque toujours à l'avantage du déposant; le dépositaire lui rend un service gratuit; aussi, est-il moins sévèrement tenu que l'emprunteur: il ne répond que de sa faute lourde, et le déposant ne peut s'en prendre qu'à lui-même d'avoir confié la garde de son meuble à un homme peu vigilant ou maladroit.

Nous avons vu que l'emprunteur est en faute s'il a laissé périr la chose empruntée pour sauver la sienne; il n'en est plus de même du dépositaire: le service qu'il rend au déposant ne doit pas rendre sa position plus difficile en cas de sinistre; il a parfaitement le droit de sauver sa propriété avant l'objet qui lui a été confié; mais sa faute serait sans excuse et atteindrait les pre-

mières limites du crime s'il avait laissé périr un dépôt de grande valeur pour mettre en lieu sûr des choses sans valeur qui lui appartiennent. Il devrait au déposant le prix de l'objet perdu, diminué de la valeur des choses qu'il a sauvées, car le déposant lui en devrait la valeur s'il les avait perdues en sauvant le dépôt.

La responsabilité du dépositaire serait beaucoup plus grande s'il s'était spontanément offert pour la garde de l'objet ; il serait alors tenu de sa faute très-légère dans des limites encore plus étroites que l'emprunteur, car si ce dernier retire un avantage du contrat, le dépositaire qui s'offre est présumé apporter des intentions lucratives si elles ne sont pas coupables.

La même rigueur lui serait applicable s'il recevait un salaire pour sa garde ; si le dépôt était plus dans son intérêt que dans celui du déposant, où s'il avait été convenu que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. (Art. 1928.)

L'article 1928 s'applique également à tous ceux que leur position constitue dépositaires des biens publics ou particuliers ; les aubergistes et hôteliers sont assimilés à des dépositaires nécessaires salariés et soumis aux prescriptions de l'article 1928. Nous admettrions le même degré de responsabilité à l'égard des gardiens salariés du dépôt de sequestre, conventionnel ou judiciaire. Mais dans le dépôt irrégulier, le dépositaire ayant l'usage illimité des choses déposées, en supportera la perte parce qu'il en a la propriété. C'est ainsi que l'on décide en cas de dépôt de sommes d'argent chez des hommes d'affaires.

SECTION VII

Le Mandat

A l'exemple du dépositaire, le mandataire rend un service au mandant et ne doit pas voir sa position aggravée par les suites de sa complaisance ; il ne sera tenu que de sa faute lourde, et ne devra apporter dans l'accomplissement de son mandat que la vigilance qui lui est ordinaire dans la gestion de ses propres affaires. Ainsi, les cas de perte ou de détérioration par force majeure seront toujours à la charge du mandant ; c'est le résultat de la règle *res perit domino*.

Le mandat est ordinairement gratuit. Il se forme cependant certaines conventions désignées sous le nom de mandat salarié, dont l'analogie avec le louage de services est quelquefois si grande, que les auteurs n'ont jamais pu s'entendre sur les moyens de les distinguer. D'après l'opinion la plus accréditée, le louage de services deviendrait un mandat salarié toutes les fois que le mandataire est le représentant légal du mandant au nom duquel il agit avec une procuration verbale ou écrite.

Le mandataire salarié est plus étroitement lié que le mandataire gratuit : « Néanmoins, porte l'article « 1992, la responsabilité relative aux fautes est applicable moins rigoureusement à celui dont le mandat « est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

L'accomplissement du mandat peut devenir une oc-

casion de pertes pour le mandataire. Pas plus que l'associé gérant, le mandataire n'est obligé de les subir ; l'article 2000 ordonne au mandant de l'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable. Le législateur n'a pas reproduit dans cet article l'ancienne distinction d'origine romaine entre la cause directe et la cause indirecte du dommage : le mandant qui ne supportait autrefois que les pertes dont la gestion du mandat était la cause directe, les supporte toutes aujourd'hui.

Mentionnons en terminant la disposition de l'article 2008, de laquelle il résulte que le mandataire qui continue de bonne foi un mandat qui a pris fin à son insu, est, comme le véritable mandataire, affranchi de tout risque.

SECTION VIII

DU NANTISSEMENT

Le nantissement est défini par le Code : « Un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. » Il prend le nom de gage lorsque l'objet remis en garantie est un meuble, et celui d'antichrèse lorsque le créancier est mis en possession momentanée d'un immeuble pour en recueillir les fruits jusqu'au paiement intégral.

Le débiteur qui a remis un gage, en conserve la propriété : « Le créancier est, aux termes de l'article 2079,

détenteur d'un dépôt qui lui assure son privilège. » Aussi, n'est-il tenu que de sa faute ou de sa négligence ; les cas fortuits sont toujours pour le débiteur propriétaire du gage ; c'est lui qui perd la chose, mais le créancier gagiste perd en même temps la sûreté de sa créance.

L'application de la règle *res perit domino* aura à peu de chose près, dans l'antichrèse, le même résultat. Le débiteur propriétaire supportera la perte de l'immeuble, et le créancier perdra, de son côté, la faculté de percevoir les fruits et son droit de rétention si la perte est totale.

CHAPITRE III

RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS ALÉATOIRES

Il ne peut être sérieusement question de risques dans les contrats aléatoires qu'en matière de prêt à la grosse aventure et d'assurances maritimes.

SECTION PREMIÈRE

Prêt à la grosse aventure

Le prêt à la grosse aventure est un contrat aléatoire unilatéral et à titre onéreux, par lequel une personne prête à un expéditeur une somme d'argent sur le chargement total ou partiel d'un navire ou sur le navire

lui-même exposés aux risques d'un voyage maritime, à condition que si la traversée s'opère heureusement, le prêteur sera remboursé du capital augmenté d'une prime ou profit maritime, que, si les objets affectés périssent ou se détériorent, l'emprunteur deviendra propriétaire du capital emprunté, ne paiera pas de prime et ne devra rembourser à l'assureur que la valeur de ce qui reste des objets transportés.

Le prêt à la grosse aventure, plus généralement appelé prêt à la grosse, procure à l'emprunteur le moyen de s'affranchir des risques qui pèsent sur lui en vertu de la maxime *res perit domino*. Le prêteur trouve en même temps dans ce contrat le moyen de spéculer sur les chances de bonne traversée qui sont ordinairement plus nombreuses que les chances de naufrage ou d'avaries. Le prêt à la grosse emprunte au contrat d'assurances son caractère aléatoire, et diffère du prêt à intérêt, malgré de nombreux points de ressemblance, par la faculté laissée aux parties de fixer la prime ou intérêts à un bail supérieur au 6 pour cent du commerce.

Dès l'origine, l'emprunteur est seul obligé principalement; les obligations du prêteur sont accessoires et subordonnées à une heureuse traversée.

L'une des conditions principales du contrat à la grosse, c'est qu'il y ait des risques à courir par les objets affectés au prêt, et que le prêteur supporte les pertes fortuites; aussi, ne peut-on faire reposer le prêt à la grosse que sur des objets susceptibles de subir des détériorations par suite des accidents de mer; c'est-à-dire sur les choses qui peuvent fournir matière à des

transactions commerciales. Ainsi, l'on peut, aux termes de l'article 315 du Code de commerce, emprunter « sur 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 séparément, ou sur une partie déterminée de chacun d'eux. »

Mais l'emprunt à la grosse exige l'existence actuelle des objets affectés, comme élément essentiel du contrat, comme base indispensable à l'appréciation des chances de perte ou de gain. Voilà pourquoi les articles 318 et 319 du Code de Commerce prohibent les emprunts basés sur des profits espérés ou sur le salaire de l'équipage. L'existence des objets ne suffit pas; il faut encore que le contrat à la grosse ne repose que sur la valeur réelle de ces objets : une exagération de valeur aurait pour résultat de faire reposer une partie du prêt sur une chose inexistante. Les articles 316 et 317 du Code de commerce rendent cette fraude impossible : l'emprunt sur valeurs exagérées sera réputé nul si la mauvaise foi est reconnue; il sera valable s'il a été contracté de bonne foi, mais le surplus de la somme empruntée au delà de la valeur réelle sera considéré comme un prêt ordinaire et remboursé au prêteur, quelle que soit l'issue du voyage, avec l'intérêt légal du commerce.

Les risques pouvant provenir de la force majeure sont un élément du contrat, puisque l'on emprunte à la grosse pour s'en décharger sur le prêteur. Mais quelle est ici la nature des cas fortuits?

Cette expression ne s'entend que des risques maritimes, et nullement des accidents qui pourraient arriver à terre aux marchandises débarquées. L'article 324 et les suivants les déterminent d'une façon plus précise : ainsi, le prêteur à la grosse sur marchandises chargées dans tel navire désigné, ne supporte jamais la perte lorsque le transport s'effectue sur tout autre navire. Cependant, le changement de navire peut être nécessité par des cas imprévus et de force majeure : le prêteur doit alors prendre la perte pour lui, à condition que l'emprunteur ait fait légalement constater l'impossibilité du chargement sur le premier vaisseau.

Ne sont pas considérés comme des accidents fortuits : les déchets, diminutions et pertes, occasionnés par le vice propre de la chose ou par le fait de l'emprunteur ; le prêteur en est donc affranchi. (Art. 326.)

Par vice propre de la chose, il faut entendre les accidents occasionnés par la nature ou la destination de la chose : ainsi, le prêteur à la grosse ne répond pas de la perte d'une cargaison de fruits occasionnée par la pourriture à laquelle ils sont journallement exposés ; il ne répond pas davantage du coulage des barriques de vin ou d'huile, à moins que ce coulage ne prenne des proportions extraordinaires et tout à fait imprévues.

La loi a aussi fixé les limites de temps et de lieu en dehors desquelles les risques ne sont plus à la charge du prêteur. Les parties peuvent faire elles-mêmes la loi ; mais à défaut de conventions précises « le temps, nous dit l'article 328, court à l'égard du

« navire, des agrès et apparaux, armement et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré et amarré au port ou au lieu de 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. »

On ne compte jamais le temps employé par le navire à faire un détour ou un petit voyage non prévu dans le contrat, à moins que ce détour ne soit la conséquence obligée d'un accident maritime ou d'une manœuvre faite pour éviter un danger.

L'article 350 nous apprend que le prêteur supporte les avaries communes et les avaries simples, mais que ces dernières peuvent être expressément mises à la charge de l'emprunteur. Quelle différence y a-t-il entre ces deux espèces d'avaries ?

On appelle avaries communes ou grosses avaries les frais et dommages volontaires, mais ayant pour but le bien et le salut du navire, des marchandises ou de l'équipage, dans des circonstances difficiles. L'art. 400 du Code de commerce en fait une énumération détaillée.

Sont, au contraire, regardées comme avaries simples ou particulières, toutes les dépenses et dommages forcés et extraordinaires soufferts pour le navire seul ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement. L'article 404 en cite plusieurs exemples, notamment les dommages arrivés aux marchandises par leur vice pro-

pre, par tempête, prise, naufrage ou échouement. Les frais faits pour les sauver et les dépenses faites pendant les relâches occasionnés par ces dommages.

Le contrat à la grosse peut se trouver constitué sur des objets déjà garantis par une assurance maritime. On comprend l'embarras que pouvait faire naître la compétition des deux assureurs, après le désastre, à ce qui reste de la chose assurée. L'article 331 a prévu la difficulté en décidant « que le produit des effets sauvés sera partagé entre le prêteur à la grosse pour son capital seulement, et l'assureur pour les sommes assurées, au marc le franc de leur intérêt respectif, sans préjudice du privilège de l'article 191. » Les mots « *pour le capital seulement,* » sont pleinement justifiés, puisque le sinistre fait perdre tout droit à la prime.

SECTION II

Assurances

§ 1^{er}. — *Assurances maritimes.*

Comme le prêt à la grosse aventure, le contrat d'assurances a pour but de faire supporter par l'assureur la perte ou détérioration des navires et marchandises exposées aux risques d'un voyage maritime. Prohibé comme usuraire dès le treizième siècle, le contrat à la grosse aventure reparut aussitôt sous une forme déguisée. On le métamorphosa en un contrat d'assurances

où les risques avaient pour équivalent une prime proportionnelle, et on compléta les effets de cette nouvelle convention par un prêt d'argent au taux permis par les ordonnances. Plus tard, le contrat à la grosse fut autorisé et sanctionné par de nouveaux règlements, mais le contrat d'assurances n'en ressentit aucune atteinte.

L'assurance maritime peut être définie un contrat aléatoire et synallagmatique, par lequel l'une des parties s'engage, moyennant une prime en argent, à indemniser l'autre des pertes et avaries que subiront dans un voyage déterminé, des navires et des marchandises exposées à toutes les fortunes de mer.

Le Code de Commerce ne parle que des assurances maritimes à prime fixe ; l'esprit de spéculation qui leur sert de base nécessitait une réglementation spéciale. Les assurances mutuelles n'ont, au contraire, aucun but commercial ; assureur et assuré tout à la fois, l'associé ne cherche dans de semblables conditions qu'un moyen de diminuer le chiffre de ses pertes ; voilà sans doute l'explication du silence des rédacteurs.

Le principal résultat de l'assurance consiste dans le transport des risques maritimes de l'assuré à l'assureur, ou, plus généralement, à la compagnie d'assurances. La question des risques se trouvant décidée à l'avance, le Code n'a d'autre but que de déterminer la nature des cas fortuits, l'époque et les lieux où doivent se produire les accidents pour être couverts par l'assureur.

En matière maritime, la compagnie d'assurances n'est jamais responsable des pertes qui proviennent du

fait ou de la faute de l'assuré. (Art. 352 Code de Com., et 1582 Code Civ.)

L'article 353 va plus loin et décharge l'assureur du fait des capitaines et gens de l'équipage, sauf la clause contraire appelée clause de baraterie du patron.

Sont encore supportés par le propriétaire assuré, comme dans le prêt à la grosse : les détériorations et pertes provenant du vice de la chose, les frais ordinaires et les droits de transport, de louage et de lamanage. (Art. 354.)

En dehors des exceptions précédentes, la compagnie d'assurances doit indemniser le propriétaire expéditeur ou expéditionnaire de toute perte ou détérioration directement ou indirectement attribuable aux fortunes de mer prévues ou imprévues, pourvu qu'elle se soit produite dans les limites assignées à la durée et à l'itinéraire du voyage. (Art. 351.)

L'assureur supportera donc les pertes arrivées à terre, mais directement ou indirectement causées par des accidents subis dans le précédent voyage sur mer.

Le Code assimile aux événements fortuits les abordages, prises et incendies, pillages et pertes occasionnés par la guerre. L'assureur serait, par conséquent, aussi mal fondé à demander une augmentation de prime lorsque la guerre éclate, que l'assuré à se prévaloir de la fin des hostilités pour obtenir une diminution de prime. L'article 343 régit les parties qui ont expressément prévu l'hypothèse d'une guerre, sans cependant déterminer le supplément de prime. Les tribunaux auront plein pouvoir d'appréciation.

Le contrat d'assurances maritimes peut comprendre tous les objets sur lesquels on peut emprunter à la grosse. Les mêmes principes dirigent le prêt et l'assurance; il faut que les marchandises assurées existent au moment même de la convention; voilà pourquoi l'article 347 prohibe l'assurance sur le frêt des marchandises, sur le profit espéré, sur le loyer des gens de mer et sur les sommes empruntées à la grosse, ou sur les profits maritimes de ces sommes.

La police d'assurances qui comprendrait à la fois des choses prohibées et des marchandises autorisées serait nulle à l'égard des premières seulement. En un mot, l'assureur ne doit garantir que les objets estimables à prix d'argent et sujets aux risques maritimes.

L'assureur peut augmenter sa responsabilité en consentant la clause de *baraterie* du patron qui le rend responsable de la faute du capitaine et des hommes d'équipage, pourvu que le navire ne soit pas dirigé par l'assuré lui-même; il peut la diminuer en stipulant la clause *franc d'avaries*, qui réduit les risques aux cas où la perte est supérieure aux trois quarts de la valeur, et peut autoriser le délaissement.

L'assureur trouve dans l'article 342 du Code de commerce l'autorisation de faire réassurer par d'autres compagnies les effets qu'il a assurés, le coût de l'assurance, et jusqu'à la prime de la prime, c'est-à-dire le prix de la réassurance; mais le même assuré ne pourrait pas faire assurer une seconde fois les objets déjà garantis, car la première assurance a complètement annulé les chances de perte.

L'assurance faite sur une estimation exagérée est nulle si l'assuré a agi de mauvaise foi; c'est que le surplus de la valeur au-dessus de la valeur réelle ne correspond à aucune chance de risques et assure dans tous les cas un bénéfice à l'assuré; l'assureur exposé à de pareilles fraudes est seul fondé à invoquer la nullité de la police en faisant la preuve de la fraude.

Si la bonne foi demeure établie, le contrat est simplement réductible à la valeur réelle.

La police d'assurances peut être faite pour l'aller et le retour ou pour l'un des deux; pour le voyage entier ou pour un temps limité. Les parties ont toute liberté là-dessus, pourvu qu'elles maintiennent les risques dans les limites du voyage maritime proprement dit. A défaut de conventions, les risques ont la même durée que dans le contrat à la grosse; on s'en rapporte à l'article 528 du Code de commerce qui fait courir les risques du jour du chargement sur le navire ou sur les gabarres, jusqu'au jour de leur délivrance à terre; aussi faudrait-il, par voie de conséquence, décider, d'après l'article 562, qu'en cas de liberté accordée au capitaine d'entrer après le chargement des objets assurés dans d'autres ports de chargement, la Compagnie d'assurances serait affranchie de la perte arrivée à terre aux marchandises assurées, lorsque leur dépôt momentanément sur les quais est la conséquence obligée des manœuvres.

Un changement de route du navire dispense l'assureur de son obligation aux risques sans le priver de ses droits à la prime. Il en serait autrement si la force

majeure était régulièrement constatée, ou si le détour avait eu pour résultat d'abrèger le voyage et la durée des risques. (Art. 364.)

L'article 365 du Code de Commerce contient une disposition regardée comme une exception aux principes des contrats aléatoires : s'il s'agit d'un prêt à la grosse, il faut que la chose affectée soit exposée à des risques futurs ; on n'admettrait pas un prêt établi sur des risques déjà courus mais encore ignorés des parties. Dans le contrat d'assurances maritimes une semblable convention est licite ; cela résulte de l'article 365 dont les termes renversés signifient que toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est valable, s'il est bien établi que les parties ignoraient lors de la rédaction de la police les divers accidents du voyage.

Le Code de Commerce établit plus bas une présomption légale basée sur la distance qui séparait le navire du lieu où se rédigeait la police, au moment même de sa rédaction. Cette distance est d'une lieue et demie par heure. Celui des contractants, assureur ou assuré, qui se rend coupable d'une tentative d'escroquerie dans de semblables conditions, doit payer à l'autre le double de la prime convenue ; et la Cour de cassation a décidé l'application au cas d'escroquerie réalisée, de l'article 405 du Code Pénal. (10 juillet 1857.)

§ II. — Assurances terrestres.

Les rédacteurs du Code de Commerce ont négligé

de s'occuper des assurances terrestres; elles étaient cependant en usage au temps de Pothier lui-même, et leur importance, depuis lors toujours croissante, réclame des dispositions spéciales. On applique les prescriptions du Code de Commerce sur les assurances maritimes toutes les fois que la nature spéciale des assurances terrestres ne s'y oppose pas.

En matière maritime l'assureur répond des risques prévus et imprévus; mais les accidents terrestres sont dus à tant de causes diverses que la perte serait presque constamment pour la Compagnie d'assurances si l'on admettait le même principe. La police d'assurances terrestres doit donc spécifier les risques que l'assureur prend à sa charge; l'assuré supporte tous ceux qui n'ont pas été prévus; il supportera les ravages de guerre si la police n'en fait pas mention, car on laisse de côté l'assimilation établie en matière maritime entre les suites de guerre et les cas fortuits.

On ne fait jamais application aux assurances terrestres de l'article 353 du Code de commerce, aux termes duquel l'assuré répond des pertes maritimes imputables aux gens dont il est responsable. Il est d'usage que la compagnie d'assurances terrestres garantisse le fait ou la négligence des personnes de la maison de l'assuré; car les sinistres, tels qu'un incendie, sont presque toujours imputables à l'imprudence des enfants. Un assureur qui ne répondrait pas de leur négligence aurait trop de chances de gain de son côté.

On en est arrivé dans la pratique à présumer le cas fortuit; c'est à la compagnie à prouver qu'il y a eu

plus que de la négligence, c'est-à-dire faute ou culpabilité de l'assuré.

Le système proposé par quelques auteurs, de faire supporter par l'assureur la faute de l'assuré, aurait pour conséquences d'encourager les crimes dans les proportions redoutables.

L'assureur ne répond pas plus sur terre que sur mer des pertes qui proviennent du vice propre de la chose, si ce n'est lorsque l'assurance a précisément pour but de garantir le propriétaire contre la nature essentiellement périssable de la chose assurée, par exemple contre la fragilité d'une construction en verre ou contre l'inflammabilité d'une provision d'essences. L'augmentation parfois très-considérable de la prime dédommage l'assureur de l'augmentation des chances de pertes.

Les assurances terrestres peuvent indifféremment être constituées avec prime ou par association mutuelle, elles peuvent garantir toutes sortes de risques terrestres; mais elles sont presque toujours organisées contre la grêle ou l'incendie.

L'assurance contre l'incendie couvre ordinairement la perte directement éprouvée par l'assuré et la perte indirecte provenant des réparations à faire aux bâtiments voisins endommagés. La clause du *recours des voisins* a pour caractère particulier de déroger aux lois générales de l'assurance. Ainsi, les voisins n'ont de recours que lorsqu'ils ont prouvé la faute du locataire de la maison où le feu s'est déclaré; or, cette preuve de faute qui, dans les cas ordinaires, pourrait motiver un refus de payer l'indemnité, de la part de

la compagnie, ne porte ici aucune atteinte aux droits du locataire responsable; l'augmentation de prime pour le recours du voisin assure donc l'assuré contre sa propre faute.

L'assureur répond encore des pertes subies même volontairement pour couper l'incendie; en privant le feu d'aliments, on a travaillé dans l'intérêt de la compagnie d'assurances; mais elle peut se refuser à garantir des dégâts inutiles en prouvant l'inintelligence de ceux qui les ont ordonnés.

L'assuré peut fournir une augmentation de prime pour se faire indemniser de toutes les pertes indirectes; c'est dans ce but que l'on s'assure contre le risque locatif, c'est-à-dire contre le recours du propriétaire qui réclame l'indemnité à laquelle le dommage matériel lui donne droit. La compagnie d'assurances profite du montant de cette indemnité si le propriétaire néglige de la faire déterminer par les tribunaux.

Une police d'assurances terrestres faite pour couvrir des risques déjà courus, mais dont les parties ne peuvent avoir connaissance est radicalement nulle, malgré la bonne foi des parties.

CHAPITRE IV

RISQUES DANS LES QUASI-CONTRATS. — GESTION D'AFFAIRES.

PAIEMENT DE L'INDU.

Les risques sont régis dans les quasi-contrats par les principes admis dans les contrats. On argumente

par analogie. Ainsi, le gérant d'affaires est assimilé à un mandataire : « Il est soumis à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès qui lui aurait été donné par le propriétaire. » Mais la loi, qui voit avec méfiance le mandataire ou le dépositaire solliciter le mandat ou le dépôt, se montre aussi sévère pour le gérant d'affaires. Elle l'oblige à gérer avec toute l'attention d'un bon père de famille. Le juge peut cependant diminuer sa responsabilité, si les circonstances dans lesquelles a été entreprise la gestion recommandent le mandataire à sa bienveillance. Tout ce qui est cas fortuit est supporté par le *dominus*, qui doit indemniser le gérant d'affaires de toutes les dépenses utiles et nécessaires.

Celui qui paie par erreur une dette dont il n'était pas tenu, a le droit de répétition. Il conserve donc la propriété de la chose indûment payée. Vient-elle à périr en tout ou en partie chez celui qui l'a indûment reçue, les juges devront rechercher la bonne ou la mauvaise foi du preneur. S'il a reçu de bonne foi ce qu'il croyait lui être dû, le propriétaire supportera la perte ; s'il a été de mauvaise foi lors du paiement, la perte sera tout entière pour lui (1379) ; il ne pourrait la faire supporter par le propriétaire qu'en établissant qu'elle se serait produite à la même heure et dans de pareilles circonstances chez celui qui a indûment payé.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — Dans la vente conditionnelle, l'acheteur doit supporter la perte partielle.
- II. — La loi 53 D. *locati conducti*, ne peut recevoir que des explications hypothétiques. Elle n'est pas infirmée par la loi 59 D. LXLVI, t. III.
- III. — Dans la vente au poids, au nombre et à la mesure, la disposition qui fait supporter par le vendeur la perte partielle arrivée avant le mesurage, est contraire aux vrais principes, car la vente est parfaite *ab initio*.
- IV. — En matière de vente avec clause de *lex commissoria*, il faudrait mettre la perte partielle à la charge du vendeur, comme la perte totale.
- V. — La règle *res perit domino* reçoit exceptionnellement son application dans le contrat *æstimato-rius*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

- I. — La disposition de l'article 1182 du Code Civil, qui donne à l'acheteur le choix entre la perfection du

contrat ou le droit de réclamer la chose telle qu'elle se trouve après une détérioration, se trouve injuste lorsqu'on se place pour son application après la réalisation de la condition. Elle porte tout à la fois atteinte à la règle *res perit domino* et à la rétroactivité de la condition.

II. — Les principes du Code Civil sur la vente à l'essai sont plus justes que les principes romains, au point de vue de l'attribution des risques.

III. — La promesse de vente vaut vente, dans le sens le plus absolu ; elle transfère les risques comme une vente ordinaire.

IV. — Le Code Civil contient à l'article 1810 une disposition malheureuse : faire supporter en commun par le propriétaire et le cheptelier la perte partielle du troupeau, c'est encourager le cheptelier à rendre la perte totale.

V. — La clause d'assurances contre le recours des voisins, annexée à la police d'assurances contre l'incendie, déroge au principe que l'assureur ne doit pas répondre de la faute de l'assuré.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Les fonctions d'arbitre ne peuvent être dévolues qu'aux personnes en pleine possession de leurs droits civils et politiques. Les femmes ne peuvent pas être prises pour arbitres.

II. — Le mineur émancipé, mais capable de faire des

actes de simple administration, ne peut pas transiger.

III. — Celui qui en première instance s'est borné à demander qu'une donation fût révoquée, ne peut pas, en appel, conclure à l'annulation de cette donation pour vice de forme.

DROIT COUTUMIER

I. — En matière de transfert de propriété à titre onéreux, la possession d'an et jour pouvait remplacer la tradition matérielle.

II. — La saisine héréditaire a son origine dans le Droit Germanique.

III. — Le recueil de notre ancien Droit français, connu sous le nom d'Établissements de Saint-Louis, est une œuvre particulière et non pas un monument officiel.

DROIT CRIMINEL

I. — Lorsqu'un fait est qualifié crime, mais qu'il n'est poursuivi que correctionnellement par la cour d'assises, la cour statue à l'exclusion du jury sur les circonstances atténuantes.

II. — La qualité personnelle au complice peut aggraver sa peine, mais jamais celle de l'auteur principal.

III. — En cas de conflit entre un conseil de guerre permanent et un tribunal maritime, la compétence reste au tribunal permanent.

IV. — La connexité d'un délit prescriptible par quelques mois avec un crime n'empêche pas la prescription du délit.

DROIT COMMERCIAL

- I. — Une compagnie peut faire assurer par une autre la valeur de l'objet par elle assuré, sans en défalquer la différence de la prime qu'elle a reçue.
- II. — La compagnie qui a assuré la vie d'une personne ne sera pas tenue, quel que soit le genre de mort de l'assureur.
- III. — En matière de sociétés commerciales, les créanciers personnels de l'un des associés ne peuvent pas opposer aux créanciers sociaux la nullité résultant du défaut de publication des statuts de la société.

DROIT ADMINISTRATIF

- I. — C'est au préfet du département où est situé le tribunal de première instance et non à celui du département où est le siège de la cour d'appel, qu'il appartient d'élever le conflit lorsqu'il s'élève en cour d'appel.
- II. — Le conflit ne peut pas être élevé devant un tribunal de simple police.
- III. — Les tribunaux ne sont pas dans l'obligation de s'arrêter devant un arrêté de conflit qu'ils estiment irrégulier quant à la forme.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — Le droit de propriété se légitime tout à la fois par sa nécessité et par ses origines qui sont la possession et le travail.

DROIT DES GENS

I. — Un navire neutre peut être confisqué lorsque sa cargaison se compose en partie de contrebande de guerre.

II. — Le blocus, pour être obligatoire, doit être appuyé par des forces suffisantes.

TABIE DES MATIERES

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le août 1876,
dans une des salles de la Faculté de droit de Toulouse.

Toulouse, le 48 juillet 1876.

Vu par le Président de la Thèse,

Louis ARNAULT.

Toulouse, le 49 juillet 1876.

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse le 49 juillet 1876.

Le Recteur,

Ch. DREYSS.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	5
DROIT ROMAIN	
CHAPITRE PREMIER. — NOTIONS GÉNÉRALES.....	9
CHAPITRE II. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES NOMMÉS.....	44
SECTION I. — <i>De la Vente</i>	44
§ 1. — Vente pure et simple.....	44
§ 2. — Vente conditionnelle.....	33
§ 3. — Vente au poids et mesure.....	39
Vente <i>ad gustum</i>	44
Vente à l'essai.....	44
§ 4. — Pactes accessoires du contrat de vente; <i>lex commissoria</i> , — <i>in diem addictio</i>	42
SECTION II. — <i>Du Louage</i>	45
§ 1. — <i>Locatio conductio rerum</i> (louage de choses).....	46
§ 2. — <i>Locatio conductio operarum</i>	48
1° Louage d'ouvrages.....	48
2° Louage de services.....	48
3° Louage de transports.....	48
§ 3. — Emphytéose.....	52
SECTION III. — <i>De la société</i>	54
CHAPITRE III. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES INNOMMÉS.....	58
SECTION I. — <i>Nature des contrats innommés</i>	58
SECTION II.....	58
§ 1. — Contrats innommés <i>do ut des</i> (échange).....	59
§ 2. — Contrats innommés <i>do ut facias</i>	64
§ 3. — Contrat <i>estimatorius</i>	65
§ 4. — Contrats innommés <i>facio ut des, ut facias</i>	66
CHAPITRE IV. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES IMPARFAITS ET UNILATÉRAUX.....	67
SECTION I. — <i>Du Mandat</i>	67
SECTION II. — <i>Du Dépôt</i>	69

SECTION III. — <i>Du Commodat</i>	71
SECTION IV. — <i>Du Gage</i>	72
SECTION V.....	73
§ 1. — <i>Matuum</i>	73
§ 2. — <i>Manticum fœnus</i> (prêt à la grosse).....	74
CHAPITRE V. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES QUASI-CONTRATS.....	75
SECTION UNIQUE.....	75
CHAPITRE VI. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES OBLIGATIONS ALTER- NATIVES ET FACULTATIVES.....	76
§ 1. — Obligation alternative.....	76
§ 2. — Obligation facultative.....	79
CONCLUSION.....	80

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL SUR LES RISQUES PROVENANT DU CAS FORTUIT.....	82
CHAPITRE II. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS COMMUTATIFS.....	86
SECTION I. — <i>De la Vente</i>	86
§ 1. — Vente pure et simple.....	88
1 ^o Vente en bloc.....	88
2 ^o Vente à la mesure.....	90
3 ^o Vente <i>ad gustam</i>	95
§ 2. — Vente à terme.....	96
§ 3. — Vente conditionnelle.....	97
1 ^o Vente sous condition suspensive.....	97
2 ^o Vente sous condition résolutoire.....	99
3 ^o Vente à l'essai.....	101
§ 4. — Promesse de vente.....	102
§ 5. — Adjudications volontaires ou forcées.....	106
SECTION II. — <i>De l'Echange</i>	108
SECTION III. — <i>Du Louage</i>	110
§ 1. — Louage de choses.....	110
1 ^o Bail à loyer.....	110
2 ^o Bail à ferme.....	113
§ 2. — Louage d'ouvrages et d'industrie.....	117
1 ^o Louage de domestiques.....	117
2 ^o Louage de voituriers.....	118
3 ^o Devis et marchés.....	121
§ 3. — Bail à cheptel.....	123
SECTION IV. — <i>Société</i>	127
§ 1. — Apport de la pleine propriété.....	129
§ 2. — Apport de l'usufruit.....	130

SECTION V. — <i>Du Prêt</i>	432
§ 1. — Prêt à usage	433
§ 2. — Prêt de consommation	435
SECTION VI. — <i>Du Dépôt</i>	436
SECTION VII. — <i>Du Mandat</i>	438
SECTION VIII. — <i>Du Nantissement</i>	439
CHAPITRE III. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES CONTRATS ALÉA-	
TOIRES	440
SECTION I. — <i>Prêt à la grosse aventure</i>	140
SECTION II. — <i>Assurances</i>	445
§ 1. — Assurances maritimes	445
§ 2. — Assurances terrestres	450
CHAPITRE IV. — RISQUES ET PÉRILS DANS LES QUASI-CONTRATS.	
— <i>GESTION D'AFFAIRES. — PAIEMENT DE L'INDU</i>	453
POSITIONS	455