

Periculum rei venditae :
Le droit romain et son héritage dans les droits modernes
Jean-François Gerkens (Université de Liège)

Mesdames et Messieurs,
Chers collègues, chers amis,

En tout premier lieu, il convient bien entendu de remercier très chaleureusement notre collègue et amie, le Professeur Emmanuelle Chevreau pour l'insigne honneur qu'elle m'a fait de m'inviter en compagnie de si illustres collègues, à prendre la parole dans le cadre de la présente séance inaugurale de la 70^{ème} session internationale de la Société Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. [La société étant d'origine belge, j'espère que vous me pardonneriez si je dis « septantième » plutôt que « soixante-dixième »].

Le sujet qu'elle a choisi comme thème central, le *periculum*, est un thème polymorphe, comme l'ont montré les deux conférenciers qui m'ont précédé. De mon côté, j'ai choisi de retenir un aspect plus traditionnel du risque : le *periculum rei venditae*.

Les auteurs qui ont abordé ce problème du risque dans le contrat de vente sont particulièrement nombreux, tant le sujet a déchainé les passions depuis longtemps.

Alors, au risque de vous décevoir, mon ambition n'est pas ici de vous révéler une théorie révolutionnaire qui expliquerait enfin l'origine de cette règle et son évolution à toutes les époques de la jurisprudence romaine. Mon propos, dans le cadre de l'inauguration de ce congrès sera plutôt de vous proposer un exposé introductif en trois parties :

La première partie, je voudrais la consacrer à un livre que le fondateur de notre société a consacré à la théorie du risque. Fernand De Visscher a en effet consacré un livre à la question.

Dans la deuxième partie, je tenterai de synthétiser l'état de la doctrine actuelle sur la question du *periculum rei venditae*.

Dans la troisième et dernière partie, je ferai un tour d'horizon des solutions retenues par les différentes codifications modernes.

1. Fernand De Visscher

À tout Seigneur, tout honneur ! Je commencerai donc par évoquer l'œuvre de Fernand De Visscher dans le domaine du risque. Nous lui devons en effet une monographie intitulée : « La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel ».

Pour Fernand De Visscher, il s'agit d'un livre important, puisqu'au moment où il paraît, il est encore bien jeune : il n'a que 28 ans. Ce livre lui a valu de remporter le prestigieux concours universitaire en Belgique. C'est aussi en partie grâce à ce livre qu'il sera désigné comme successeur de Polynice Van Wetter (1844-1925) en tant que Professeur de droit romain à l'université de Gand.

Mais cette monographie paraît en 1914 : Année funeste s'il en est ! Pour la Belgique en particulier puisque c'est au mois d'août 1914 que l'envahissement de la Belgique a commencé. L'ouvrage est donc paru avant ce mois d'août et a été distribué simultanément en Belgique, par Gomaere, l'imprimeur du Roi, par Arthur Rousseau, Libraire-éditeur ici à Paris, 14, Rue Soufflot et aussi par Puttkamer & Mühlbrecht à Berlin, dans la Französischestrasse (la rue française).

Le timing n'est pas idéal et Fernand De Visscher devra donc attendre la fin de la guerre pour rejoindre son frère dans les rangs des professeurs de la Faculté de Droit de Gand.

Cela dit, le timing n'est pas idéal d'un point de vue académique, mais il n'est pas idéal non plus dans la mesure où cette œuvre de De Visscher ne semble

pas avoir eu le retentissement qu'elle méritait. La guerre n'a pas dû aider à la diffusion de l'œuvre.

La particularité du livre de De Visscher, c'est qu'il aborde la question du *periculum* dans la vente par l'intermédiaire d'un type de ventes particulier : la vente des choses futures, l'*emptio rerum futurarum*. Il rappelle la distinction traditionnelle entre l'*emptio spei* et l'*emptio rei speratae*. Les deux sont des choses futures. La différence entre les deux ventes, c'est que dans le premier cas (*emptio spei*), le prix sera dû par l'acheteur, peu importe si l'espoir se réalise ou non, alors que dans l'autre cas (*emptio rei speratae*), le prix ne sera dû que si la chose espérée vient à existence et dans la mesure où elle vient à existence.

De Visscher combat alors l'idée d'après laquelle il y a une différence sur le plan de l'objet de ces deux ventes. Dans les deux cas, ce qui fait l'objet de la vente, c'est bien la chose future elle-même. Il réfute donc l'idée répandue – et je crois que cette idée n'a pas disparu à ce jour – que dans l'*emptio spei*, c'est l'espoir lui-même qui est vendu. Comment pourrait-on vendre de l'espoir ? C'est-à-dire conclure un contrat de vente dont l'objet exclusif serait l'espoir ? Une telle explication n'a de sens que si cet espoir est systématiquement déçu, c'est-à-dire si l'espoir ne se réalise jamais. En effet, si l'on imagine un cas dans lequel l'espoir se réalise, cela ne fonctionne plus ! Et l'idée d'après laquelle seul l'espoir faisait l'objet de la vente devient absurde.

Je propose de reprendre ici l'exemple que Fernand De Visscher a lui-même emprunté à Franz Hoffmann¹ : Imaginons le cas classique du pêcheur qui vend son prochain coup de filet. Il va de soi que si le pêcheur a pêché des poissons dans son filet, il ne pourra pas se contenter d'expliquer à l'acheteur :

¹ Franz Hofmann était professeur de droit romain à l'université de Vienne (fin du XIX^{ème} siècle).

« vous avez eu l'espérance ; quant aux poissons, je les garde pour moi² ».

De Visscher dénonce dès lors la théorie classique, d'après laquelle l'objet de l'*emptio spei* voit son objet changer selon que la chose se réalise ou non. Il est pour lui absurde de considérer que selon les événements, l'objet de la vente est soit l'espoir, soit le poisson.

De Visscher précise donc que toute vente sur chose future a pour objet ces choses futures elles-mêmes. L'objet de tout contrat, c'est le *id quod debetur*.

Si la chose future vient à défaillir ou ne vient pas à existence, cela a pour conséquence que l'exécution de l'obligation est impossible et la question se résout alors par l'usage de la théorie des risques ! L'inexistence de la chose future constitue donc un risque, un *periculum* de la vente et ce *periculum* sera supporté par l'acheteur dans l'*emptio spei* et le vendeur dans l'*emptio rei speratae*.

Sera-ce le vendeur ou l'acheteur qui assumera le risque de l'inexistence de la chose future ? En cas d'*emptio rei speratae*, ce sera l'acheteur et en cas d'*emptio spei*, ce sera le vendeur. C'est apparemment aussi simple que cela.

Les deux sortes de ventes ne sont donc pas différentes. Pour De Visscher il y a là une identité complète d'objet : une chose future. Si cette chose future vient à existence, tout se passe comme dans une vente normale ; si cette chose future ne vient pas à existence, il faudra simplement vérifier si c'est le vendeur ou l'acheteur qui en supportera le risque.

En ce qui concerne la théorie du risque proprement dite, Fernand De Visscher examine les différentes théories en présence avant 1914. À quelques exceptions près, la littérature discutée est complètement allemande ou autrichienne.

Globalement, il retient la dissociation entre les obligations du vendeur et de l'acheteur comme

² Fernand De Visscher (*La vente des choses futures et la théorie du risque contractuel*, Bruxelles 1914, p. 21) traduit ici Franz Hofmann (*Über das Periculum beim Kaufe*, Wien 1870, p. 108: Die Hoffnung hast Du schon gehabt; die Fische behalte ich für mich!).

explication de la règle du « *periculum emptoris* ». Il examine la question également sur le plan de l'équité. Voilà une question qui a beaucoup intrigué les romanistes : qu'est-ce qui justifie que l'on attribue le risque à l'acheteur plutôt qu'au vendeur ? Est-ce une solution juste ? Et si c'est juste, en quoi est-ce juste ?

Fernand De Visscher passe ici à la loupe les différentes explications imaginées par la doctrine allemande en particulier.

Il écarte par exemple l'idée que par le contrat de vente, la chose vendue serait en réalité déjà – en quelque sorte – sortie du patrimoine du vendeur avant même la *traditio*. Cette théorie qui semblait acceptée par Pernice, Mommsen et Windscheid est cependant réfutée par De Visscher³. Ce dernier constate en effet que cette lecture des faits ne trouve jamais à s'appliquer dans le cas des ventes de choses futures. Comment imaginer qu'une chose qui n'existe pas encore soit – par anticipation – déjà la propriété de son acquéreur ?

De Visscher réfute aussi les théories⁴ de Jhering et de Bechmann, pour qui l'explication repose sur une sorte de responsabilité de l'acheteur. Je simplifie les choses ici, afin de ne pas devoir aller dans le détail de ces théories, mais ces auteurs retiennent que c'est à cause de l'acheteur qu'il y a un délai entre la conclusion du contrat et la remise de la chose. Il est donc normal qu'il ait à en supporter le risque. à celui qui est la cause du délai. La difficulté de cette théorie est – dans l'optique de notre auteur – que cette position oblige Jhering à considérer que même lorsque c'est le vendeur qui a demandé un délai pour la livraison, le droit romain attribue le risque à l'acheteur en vertu d'une présomption de responsabilité de cet acheteur.

Ici aussi, De Visscher constate que cette présomption n'a pas de sens lorsque la vente porte sur une chose future. Jhering lui-même admet que

³ Fernand De Visscher, *La vente des choses futures et la théorie du risque contractuel*, Bruxelles 1914, p. 42-45.

⁴ FDV, p. 45-49.

dans ce cas, le risque est supporté par l'acheteur, même si la chose n'est pas encore en état d'être livrée.

De Visscher conclut que le désavantage subi par l'acheteur, en ce qu'il supporte le risque ne trouve aucune contrepartie. Sur le plan de l'équité, cela génère un désavantage pour l'acheteur et un avantage pour le vendeur.

Il pense en revanche pouvoir reconstruire l'évolution de la vente comme suit : Lorsque les Romains sont passés de la vente au comptant à la vente à crédit, cela a fait courir au vendeur un risque considérable. En effet, si l'acheteur reçoit la chose vendue et ne doit pas payer le prix immédiatement, le vendeur subit le risque de l'éventuelle insolvabilité de l'acheteur ! En concédant un délai à l'acheteur pour qu'il paie plus tard, il fallait donc que le droit que le vendeur avait au paiement du prix soit absolument sûr ! Cette stabilisation de la créance du vendeur était dès lors une base inamovible de l'évolution de la vente vers un contrat consensuel. Voilà comment Fernand De Visscher explique la règle *periculum emptoris* du point de vue de l'équité contractuelle.

À propos de la vente de choses futures au sens *emptio rei speratae*, De Visscher réfute la théorie faisant de cette vente une vente sous condition. En effet, la condition serait l'existence de la chose future, mais cette chose future constitue un élément essentiel de la vente et non un élément accidentel. Pour qu'une vente soit réellement sous condition il faut pouvoir l'imaginer sans cette condition, ce qui n'est pas possible dans notre cas. On ne peut pas vendre une chose future sous condition qu'elle existera un jour, parce que si l'on enlève la condition, il n'y a plus de vente. Or Fernand De Visscher explique que ce n'est pas parce que la chose ne vient pas à existence que le contrat de vente disparaît ! La vente était déjà parfaite et si la chose future ne vient pas à existence, il s'agit de la réalisation d'un risque qu'il faudra attribuer, en

fonction des circonstances, au vendeur ou à l'acheteur.

L'acheteur dans le cadre d'une *emptio spei* supportera le risque de la perte de la chose future comme il le supporterait si la chose avait déjà existé au moment où la vente était parfaite.

En cas d'*emptio rei speratae*, tout dépendra de la volonté des parties qui peuvent s'être exprimés clairement ou dont il faudra interpréter la volonté tacite. Mais Fernand De Visscher pense que la théorie des risques fournit un système très complet d'interprétation des volontés⁵ et qu'en matière d'*emptio rei speratae*, la volonté est habituellement de laisser le *periculum* à charge du vendeur. Cette volonté s'exprime, d'après Fernand De Visscher par l'imperfection du contrat. C'est-à-dire que l'expression tacite de la volonté des parties d'appliquer le *periculum venditoris* découle du fait qu'elles ont conclu une vente sous condition ou avec un prix ou une chose non encore déterminée, parce qu'il faut encore la peser, la compter ou la mesurer. Ce ne sera que lorsque la chose aura été comptée, mesurée ou pesée que le prix pourra être déterminé, que la vente deviendra parfaite et que le risque passera à l'acheteur cette fois. Mais Fernand De Visscher reconnaît qu'il y a une multitude de situations contractuelles intermédiaires entre l'*emptio spei*, qui est une vente pure et simple et qui met le risque de l'inexistence future de la chose à charge de l'acheteur, et l'*emptio rei speratae*, dont l'attribution du risque incombe généralement au vendeur, si la vente n'est pas encore parfaite et si les parties n'en ont pas décidé autrement.

Voici donc résumée la pensée de Fernand De Visscher, telle qu'il l'exprime avant la première guerre mondiale. J'ignore si elle a évolué au cours des 50 années qui ont suivi, mais il ne semble en tous cas pas avoir exprimé par écrit une telle évolution.

⁵ Cfr. FDV p. 87.

En consultant la littérature moderne sur la question du *periculum* dans la vente, j'ai pu constater que cette œuvre de Fernand De Visscher n'avait pas eu l'impact qu'elle méritait probablement. Il arrive régulièrement que les auteurs modernes omettent totalement de s'y référer, alors que leur documentation tend à la complétude⁶.

Si je dois tenter d'expliquer ce fait, c'est probablement en partie en raison de cette publication au début de la première guerre mondiale. Il est dès lors passé inaperçu dans une partie de la doctrine romanistique. Du moins est-il peu cité par rapport à la question du *periculum*. Il est en revanche régulièrement cité dans le cadre des ventes de choses futures, comme notamment par Max Kaser, dans son *Römisches Privatrecht*⁷ et Mario Talamanca, dans son important travail sur le contrat de vente paru dans l'Enciclopedia del Diritto⁸. Et il est permis de penser que Max Kaser analyse la distinction entre *emptio spei* et *emptio rei speratae* de la même manière que Fernand De Visscher, même s'il ne s'exprime pas explicitement sur la nature de l'objet d'une *emptio spei* : L'objet d'une *emptio spei* est-il l'espoir lui-même ou malgré tout la chose future éventuelle ? Mario Talamanca⁹ s'exprime quant à lui sur cette question et adopte une position différente de celle de De Visscher. Il considère en effet que c'est l'*alea*, la probabilité ou le risque qui constituent l'objet de la vente. Le *synallagma* est à analyser entre le prix et l'*alea*. La chose future n'est dès lors pas l'objet de la vente, mais l'objet de l'expectative évaluée dans son

⁶ Sans vouloir stigmatiser qui que ce soit ici, mais qu'il faut bien que j'étais mon propos, parmi les travaux que l'on peut citer dans cette catégorie, il y a : Martin Pennitz, *Das periculum rei venditae*, Wien 2000 ; Margherita Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae' nel diritto romano*, in : *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (cur. Luigi Garofalo), tomo 2, Padova 2007, pp. 173-221.

⁷ Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, München 1971², p. 549, note 34.

⁸ Mario Talamanca, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in ED 46 (Milano 1993), p. 343, note 394.

⁹ Mario Talamanca, , voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in ED 46 (Milano 1993), p. 346-347.

caractère aléatoire. Cela explique, d'après Talamanca pourquoi il ne peut y avoir de responsabilité *ex empto* en cas d'éviction.

Sur l'absence de garantie d'éviction en cas d'*emptio spei*, Fernand De Visscher¹⁰ avait une autre explication. Pour ce dernier, les cas d'*emptio spei* concernaient avant tout des cas de capture d'animaux sauvages, c'est-à-dire des *res nullius* par rapport auxquelles l'éviction ne se conçoit de toutes façons pas. Si Pomponius (D.18.1.8.1) précise que celui qui achète les *missilia* que le vendeur réussira à glaner lors d'une distribution, ne pourra pas se plaindre d'une éventuelle éviction, c'est également pour des raisons pratiques. La situation est pratiquement la même que pour les poissons. Le vendeur est dans l'impossibilité de garantir contre l'éviction cette fois puisqu'il ne lui est pas possible de vérifier les droits de celui qui offre les *missilia*.

Si on veut comparer les positions de Fernand De Visscher et Mario Talamanca, on peut dire que Talamanca justifie l'exclusion de la garantie d'éviction dans l'*emptio spei* en argumentant que c'était la *spes* qui constituait l'objet du contrat et il était impossible d'en être évincé ; alors que pour Fernand De Visscher, l'objet de la vente n'est pas l'espoir mais bien la chose future et si cette vente n'emportait pas de garantie d'éviction, c'est parce que c'était pratiquement impossible pour ces choses futures qui étaient soit des *res nullius*, soit des *res derelicta*, soit encore des choses pour lesquelles le vendeur étaient dans l'impossibilité – par nature du rapport juridique – de garantir l'origine.

À mon sens, la proposition de Fernand De Visscher n'a pas définitivement perdu de son intérêt, mais je laisse là le fondateur de notre société pour en venir à mon deuxième point.

¹⁰ FDV, p. 80.

2. Synthèse la doctrine actuelle du *periculum rei venditae*

Je n'ai pas le temps ici de retracer dans le détail toute l'histoire de la doctrine romanistique relative à notre question. Ce panorama historique a déjà été fait – par tranches successives – au fil des années¹¹. Fernand De Visscher lui-même avait fait l'état de la question à son époque. Je vais donc me limiter à tenter de schématiser le débat doctrinal.

Pour clarifier la question – et je vous prie d'excuser le caractère élémentaire de ce qui suit – je vais commencer par rappeler que lorsque l'on parle du risque dans le contrat de vente, on vise la situation suivante : Le problème du *periculum rei venditae* se pose, dans un contrat de vente, lorsque l'objet de la vente n'est pas remis à l'acheteur dès le moment de la conclusion du contrat mais à un moment postérieur. Cette situation fait naître un risque relativement à la bonne exécution du contrat, dans la mesure où il est possible que la chose périsse avant d'être remise à l'acheteur. L'impossibilité de remettre la chose à l'acheteur, ne rend pas impossible le paiement du prix. En effet, il va de soi que l'obligation de payer le prix qui incombe à l'acheteur n'est pas soumise à cet aléa, puisque l'argent est une chose de genre et est préservé par la règle *genera non pereunt*.

Si on schématise, il y a donc deux possibilités : Soit l'acheteur doit malgré tout payer le prix, on dira que c'est lui qui supporte le risque et on parlera de *periculum emptoris* ; soit au contraire, l'acheteur est libéré de son obligation de payer le prix, on dira que c'est le vendeur qui supporte ce risque et on parlera de *periculum venditoris*.

Théoriquement, un système juridique peut opter pour le *periculum emptoris*, le *periculum venditoris*, voire pour un mélange des deux systèmes en fonction des situations.

L'analyse du système juridique romain sur cette question a fait l'objet de débats infinis. L'évolution

¹¹ Voyez en particulier Talamanca (op. cit.), et Margherita Scognamiglio (op.cit.).

du débat romanistique a évidemment largement suivi l'évolution générale des méthodes romanistiques, comme nous le verrons.

Globalement, la doctrine s'accorde cependant pour reconnaître le principe du *periculum emptoris ante traditionem* lorsque la vente est parfaite. Autrement dit, dès lors que les parties se sont mises d'accord sur l'objet de la vente et sur son prix, le risque relatif à cette chose est supporté par l'acheteur avant même qu'il n'en ait reçu la tradition et donc avant même qu'il en ait la maîtrise physique ni la propriété.

Une partie minoritaire de la doctrine est cependant d'un avis différent et considère au contraire qu'en droit romain, c'était au vendeur à supporter ce risque. Retenir le principe du *periculum venditoris* suppose cette fois que si la chose vendue périt, l'acheteur ne devra plus en payer le prix ou pourra le récupérer s'il l'a déjà payé.

Bien que la seconde position soit nettement minoritaire, son existence repose sur certains passages du Digeste qui semblent contredire le principe du *periculum emptoris ante traditionem*. C'est le cas, en particulier, du fameux texte de Paul¹² dans lequel un édile fait détruire des lits qui se trouvaient sur la voie publique. Dans ce texte, Paul écrit clairement : « *si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur,*

¹² D.18.6.13 Paul. (3 Alfeni Epit.) *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.* D.18.6.14 Iul. (3 ad Urs. Ferozem.) *Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.* D.18.6.15pr. Paul. (3 EPIT. ALF.) *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.* Paul (au livre 3 de l'abrégé d'Alfenus), D.18.6.13 : Un édile a fait détruire des lits achetés qui avaient été placés sur la voie publique. Si ces lits avaient été livrés à l'acheteur, ou s'il n'avait tenu qu'à lui que la livraison lui en fût faite, il me paraît que c'est à lui de supporter la perte. Julien (au livre 3 sur Urseius Ferox), D.18.6.14 : et il aura contre l'édile l'action de la Lex Aquilia si celui-ci a agi contrairement au droit; ou du moins pourra-t-il agir contre le vendeur en vertu de l'achat, pour que ce dernier lui cède les actions qu'il aurait contre l'édile. Paul (au livre 3 de l'abrégé d'Alfenus), D.18.6.15pr. : Mais si les lits n'étaient pas livrés et qu'il n'ait pas tenu à l'acheteur que la livraison en fût faite, c'est au vendeur à en supporter la perte.

venditoris periculum erit ». Si les lits étaient vendus mais que la tradition n'en avait pas encore été faite, c'est au vendeur d'en supporter le risque.

Ce texte a fait l'objet de très nombreuses exégèses servant tour à tour à justifier le *periculum emptoris* et le *periculum venditoris* et je n'ai pas l'intention de vous en proposer une nouvelle, mais je voudrais ici rappeler la reconstruction proposée par Mario Talamanca sur la question.

Il me plaît de rappeler cette reconstruction, aussi parce qu'il était un fidèle participant aux congrès de notre société et qu'il a plusieurs fois fait la conférence inaugurale de nos travaux¹³. Si j'ai bien compté, il en a fait trois et cela mérite – au-delà du contenu extrêmement intéressant de ses travaux, une mention spéciale dans mon résumé.

La proposition de Mario Talamanca est de sortir de la solution moniste et de tenter d'analyser les textes du Digeste dans le cadre du *ius controversum*.

Il constate que les témoignages les plus anciens du Digeste accèdent la possibilité du recours au *periculum venditoris*. C'est ainsi que le texte de Paul que j'ai mentionné tout à l'heure, avec l'édile qui détruit les lits est extrait de l'épitomé d'Alfenus Varus. L'exemple commenté par Paul date donc probablement de la fin de l'époque républicaine ou du début de la période impériale.

Labéon aurait ensuite appliqué le *periculum emptoris*, mais uniquement dans le cas des ventes d'esclaves, alors que l'esclave vendu était mort *ante traditionem*. Et c'est comme cela qu'aurait commencé la controverse en Sabiniens et Proculiens : Si les Sabiniens s'en tiennent au *periculum venditoris*, les Proculiens préconisent désormais le *periculum emptoris*.

Dans le prolongement de cette controverse, il y avait également une controverse sur la question de la vente conclue sous condition suspensive. En cas de réalisation de la condition, la vente était

¹³ C'était le cas en 1994 à Vienne, en 1997, au congrès de Crotone-Messine, en 2004, au Brésil (avec une conférence sur l'esclavage).

supposée conclue dès l'accord des volontés avec rétroactivité pour les Proculiens, alors que la vente n'était parfaite pour les Sabinien qu'au moment de la réalisation de la condition. En conséquence, si la chose vendue avait péri avant la réalisation de la condition – donc *pendente condicione* – les Proculiens attribuaient le risque là aussi à l'acheteur, au contraire des Sabinien qui sur ce point également étaient moins rigoureux pour l'acheteur.

Une ramification similaire de cette controverse entre Proculiens et Sabinien concerne le cas de la vente de choses qui doivent encore être mesurées. Ici à nouveau, les Proculiens considéraient que la vente était parfaite dès le début, alors que les Sabinien considéraient qu'elle ne l'était que par la mesure effective de l'objet de la vente.

Il semble qu'ensuite le *periculum emptoris* des Proculiens se soit imposé.

L'état du droit à la fin de l'époque classique, nous pouvons la trouver dans le Digeste sous la plume du jurisconsulte Paul (D.18.6.8pr¹⁴). Ce dernier écrit

¹⁴ Paul (33 Ed.) D.18.6.8pr-1 : Pr. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptio in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris. 1. Si ita venierit: "est ille servus emptus, sive navis ex asia venerit sive non venerit", Iulianus putat statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam. Traduction Hulot : Pr. : Il faut nécessairement observer quel est le temps où une vente est parfaite, pour savoir lequel des contractants court les risques de la chose vendue : car, lorsque la vente est parfaite, les risques sont à la charge de l'acheteur. Si ce qui est vendu est déterminé, aussi bien que le prix, en sorte que l'on sache la qualité et la quantité de l'un et de l'autre, la vente est parfaite à l'instant, si elle est faite purement. Si la vente est faite sous condition, et que la condition ne se réalise pas, la vente est nulle ; comme il arrive dans les stipulations faites sous condition. Dès que la condition ajoutée à la vente se réalise, Proculus et Octavenus pensent que les risques commencent à être à la charge de l'acheteur. Pomponius adopte ce sentiment au livre neuf. Si le vendeur ou l'acheteur

que dès que la vente est parfaite, le risque incombe à l'acheteur : *periculum ad emptorem respiciet*. Ce risque va du *commodum* à l'*incommodum* extrême que constitue la perte totale. La percée du principe du *periculum emptoris* a probablement été favorisée par l'affirmation de la responsabilité pour *custodia* en tant qu'élément naturel du contrat de vente. Les raisons de cette évolution ne sont pas faciles à retracer. Qu'est-ce qui explique que l'on favorise plutôt l'acheteur ou plutôt le vendeur ? Mario Talamanca, toujours lui fait l'hypothèse que le choix du *periculum venditoris* initial pourrait s'expliquer par le fait qu'initialement, la vente constitue en un échange entre une chose et un prix et que le paiement du prix ne se justifie qu'en échange de cette chose. L'évolution serait alors survenue par une généralisation du *periculum emptoris*, reconnu initialement uniquement dans le cas de l'esclave qui est mort après la vente. Pourquoi avoir fait basculer le risque vers l'acheteur ? Une des raisons ou peut-être un des arguments a probablement été l'insertion de la *custodia* en tant qu'élément naturel du contrat de vente, puisque celle-ci faisait peser une responsabilité importante sur le vendeur, ce que l'on pouvait aussi analyser comme une persistance partielle du *periculum venditoris*. En droit de Justinien, les Institutes confirment la réception de la règle *periculum est emptoris*. La terminologie change un peu, en ce que la règle vaut dès lors que la vente a été contractée (le texte ne dit pas que la vente doit être parfaite).

conditionnel vient à mourir pendant que la condition est encore en suspens, il est certain que la condition venant à arriver, leurs héritiers sont obligés, parce qu'alors la vente a un effet rétroactif au temps où elle a été contractée. Si tandis que la condition est en suspens, la chose est livrée à l'acheteur, il ne pourra pas la prescrire à ce titre ; la condition venant en ce cas à manquer, l'acheteur redemandera le prix qu'il a payé, et les fruits perçus dans le temps intermédiaire appartiendront au vendeur. Il en est de même dans les stipulations et dans les legs conditionnels, qui deviennent nuls lorsque la chose qui en fait l'objet cesse d'exister pendant que la condition est en suspens. Si la chose existe encore, quoique dans un plus mauvais état, on peut soutenir que c'est l'acheteur qui doit souffrir de la perte. 1. Si on vend un esclave de cette manière : Je vous vends tel esclave, soit que telle condition arrive ou n'arrive pas, Julien pense que la vente est parfaite à l'instant, parce qu'il est certain qu'elle est contractée.

Voici, retracée en quelques minutes, la séduisante reconstruction proposée par Mario Talamanca. Bien entendu, la doctrine ne s'est pas arrêtée avec le grand auteur romain ! Et d'autres auteurs ont fait remarquer que si cette reconstruction était séduisante, elle reposait aussi sur un grand nombre de conjectures.

C'est par exemple une critique formulée par Martin Pennitz, dans son ouvrage « *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum « aktionenrechtlichen Denken » im römischen Privatrecht* ».

Comme le sous-titre de l'indique, Pennitz fait une analyse procédurale de la question. Pour lui, le mot *periculum* doit est entendu dans le sens « risque dans le procès ». Pour lui, le caractère synallagmatique de la vente est secondaire par rapport au fonctionnement des actions *empti* et *venditi*. Ces deux actions sont des actions de bonne foi, ce qui implique certaines limites.

Si nous envisageons le cas simple de la vente d'un esclave qui meurt fortuitement avant la *traditio*, le *periculum* « tombe » sur l'acheteur, parce qu'il ne pourra obtenir l'*actio empti* que s'il a payé le prix (ou s'est montré prêt à le faire) mais cette *actio empti* ne lui permettra pas de réclamer la *traditio* de l'esclave au vendeur, car le vendeur n'a commis aucune faute ni aucun dol.

Il ne m'est pas possible d'entrer plus dans le détail de l'explication globale offerte par Martin Pennitz qui est à mon sens pourtant d'un grand intérêt. Parce qu'il est temps pour moi d'en venir à la troisième et dernière partie de mon exposé, relative à une comparaison du droit romain avec les solutions retenues dans les codifications modernes.

3. Le *periculum rei venditae* dans les droits modernes

L'élément de comparaison que je retiendrai pour le droit romain sera celui décrit par le jurisconsulte Paul, dans le Digeste de Justinien. C'est-à-dire une attribution du risque à l'acheteur, dès lors que la vente est parfaite. Ce risque peut bien sûr prendre une forme positive pour l'acheteur, sous la forme du *commodum* mais aussi une forme négative sous la forme de l'*incommodum* qui, dans sa forme extrême, constitue la destruction totale de la chose vendue. La responsabilité du vendeur n'est cependant pas totalement écartée, puisqu'elle reste présente sous la forme de la *custodia*.

Il ne me sera évidemment pas possible de passer en revue tous systèmes juridiques du monde et il me faudra faire – ici également – des choix que l'on pourrait contester.

A. Le droit français (idem Belgique, Italie, Espagne, Portugal...)

Puisque nous sommes à Paris, j'espère que vous me pardonneriez le premier choix, qui sera de commencer par le droit français¹⁵.

Le code Napoléon a ici entériné une pratique un peu singulière par rapport au droit romain, c'est celle de lier le risque relatif à la chose vendue au droit de propriété de cette chose, selon l'adage très répandu « *res perit domino* ». Mais ce même code a également considéré que le transfert de la propriété de la chose vendue s'opérait par la conclusion même du contrat de vente. Par des voies différentes, le droit français rejoint donc le résultat du droit romain sur la question : c'est le vendeur qui supporte le risque de la perte de la chose vendue : *periculum est emptoris*. Mais il est vrai que le juriste français exprimera rarement la chose de

¹⁵ Article 1138 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) :

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

cette manière : il s'en tiendra plutôt au lien entre propriété et risque, qu'il a fini par trouver naturel.

B. Le droit allemand (Idem Autriche, Grèce, ...)

Le droit allemand¹⁶, mais je ne vous apprends toujours rien, a suivi un chemin différent, plus fidèle au droit romain. S'il exprime le même attachement à l'importance de la propriété, il le fait souvent par un autre adage en latin : « *casum sentit dominus* ». Le sens de cet adage n'est pas très éloigné de l'adage « *res perit domino* », mais la grande différence ici, réside dans le fait qu'en droit allemand, le transfert de propriété ne résulte pas de la seule vente, il découle d'un autre acte juridique : la *dingliche Einigung*. Cette *dingliche Einigung*, est un héritier de la *traditio* romaine et a pour conséquence qu'en droit allemand comme en droit romain, le droit propriété n'est pas immédiatement transféré à l'acheteur par la seule vente. En revanche et à la différence du droit romain, en droit allemand, le risque est donc supporté par le vendeur jusqu'à la remise de la chose.

Dans les deux premiers systèmes juridiques présentés, on constate un même attachement au lien entre le risque et le droit de propriété, mais une grande différence quant au moment du transfert tant du risque que de la propriété, puisque l'un préconise le *periculum emptoris* et l'autre le *periculum venditoris*.

Mais il existe également des systèmes juridiques dans lesquels le risque et la propriété sont transférés à des moments différents.

¹⁶ BGB § 446 Gefahr- und Lastenübergang

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.

C. Le droit suisse

Le droit suisse, comme vous le savez, a subi une forte influence germanique, mais les juristes français ne sont pas restés inactifs lorsqu'il s'est agi de rédiger un code civil fédéral. Sur la question des transferts de propriété et de risque, les cantons suisses étaient divisés. Pour simplifier, on peut dire que les cantons germanophones suivaient globalement la solution allemande, avec un transfert de la propriété et du risque au moment de la *dingliche Einigung*. Et les cantons francophones et italophones suivaient au contraire l'exemple du code Napoléon, avec un transfert automatique de la propriété et des risques par le simple consentement au contrat de vente.

Les juristes germanophones ont pu imposer leurs vues et faire accepter le système allemand de transfert de propriété, nécessitant donc une *dingliche Einigung*, que les juristes suisses francophones traduiront par « contrat réel »¹⁷. [La traduction est sans doute un peu malheureuse, vue la polysémie que cette appellation introduit ici, mais je n'ai pas le temps de m'attarder sur cette question.] Mais puisque les juristes francophones auraient préféré que l'on adopte le système français de transfert immédiat de la propriété *solo consensu*, ils ont réclamé une compensation et ont exigé – et obtenu – que le transfert du risque soit, comme en droit français immédiat et lié à la conclusion du droit de vente et non du contrat réel¹⁸.

En conséquence, le droit suisse détache le transfert du risque du transfert de propriété et adopte – un peu par hasard – un système proche du droit romain, privilégiant le *periculum emptoris*.

¹⁷ Art. 184 (A. Droits et obligations des parties: en général)

¹ La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer.

¹⁸ Art. 185 (B. Profits et risques)

¹ Les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières.

D. Le droit québécois (idem Louisiane, codes arabes...)

Mais la séparation entre le transfert de propriété et le transfert du risque n'est pas toujours le fruit d'un hasard ou d'un compromis comme en Suisse (ou comme en droit romain, rappelons-le malgré tout).

D'ailleurs, les systèmes qui choisissent de séparer le transfert de la propriété et le transfert du risque le font souvent à l'inverse des Suisses.

Régulièrement, comme au Québec, en Louisiane ou dans les codes arabes, ils adoptent le système français de transfert de propriété¹⁹, mais refusent de faire supporter le risque par l'acheteur et adoptent le *periculum venditoris*. Autrement dit, l'acheteur devient propriétaire dès avant la livraison de la chose²⁰. Cette livraison ne constitue donc pas un transfert de propriété. Mais si la chose périt avant cette livraison, c'est au vendeur d'en supporter le risque²¹.

¹⁹ CCQ (1991) art. 1433. Le contrat crée des obligations et quelquefois les modifie ou les éteint.

En certains cas, il a aussi pour effet de constituer, transférer, modifier ou éteindre des droits réels.

²⁰ CCQ (1991) art. 1453. Le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix.

Le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien.

²¹ CCQ (1991) art. L'attribution des fruits et revenus et la charge des risques du bien qui est l'objet d'un droit réel transféré par contrat sont principalement réglées au livre Des biens.

Toutefois, tant que la délivrance du bien n'a pas été faite, le débiteur de l'obligation de délivrance continue d'assumer les risques y afférents.

Conclusion

Comme j'ai essayé de la montrer, si l'on tient compte des options des systèmes juridiques sur la question du moment du transfert de propriété et sur la question du transfert du risque, on a donc quatre possibilités.

D'une part l'acheteur peut supporter le risque en tant que propriétaire (France) ou même s'il n'est pas encore propriétaire (Suisse) ;

D'autre part le vendeur peut supporter le risque parce qu'il est encore propriétaire (Allemagne) ou même s'il n'est plus propriétaire (Québec).

Toujours est-il qu'il faut décider qui de l'acheteur ou du vendeur devra supporter le risque de la perte de la chose vendue entre le moment de la conclusion du contrat et celui de l'entrée en possession de l'acheteur.

Il faut bien se rendre compte que la solution sera forcément un peu injuste, dans la mesure où il y a l'une des deux parties qui n'obtiendra pas ce quelle a espéré obtenir en concluant le contrat.

Comment régler cette injustice ? Il n'y a probablement pas de solution idéale puisque l'injustice est inévitable. On en revient donc à la controverse entre Sabinien et Proculien (du moins si l'on suit la reconstruction proposée par Talamanca) : Convient-il de favoriser l'acheteur ou le vendeur ? Et en réponse à cette question, on voit que les différents systèmes juridiques ont favorisé parfois l'un, parfois l'autre. Ce qui frappe, par rapport à cette répartition du risque, c'est que c'est probablement le droit romain classique qui a été le premier, sinon le seul (mais je ne connais pas tous les systèmes juridiques du monde) à répartir le risque entre le vendeur et l'acheteur.

Alors certes, Paul affirme la règle du *periculum emptoris*, mais l'inclusion automatique de la responsabilité pour *custodia* du vendeur a atténué ce risque puisque désormais, le vendeur sera lui aussi tenu de supporter une partie de ce risque, du moins celui qui entre dans sa sphère de contrôle.

Pouvait-on imaginer une meilleure conclusion que celle qui rend hommage au génie des juristes romains ?

Je vous remercie beaucoup pour votre attention !

Voir Cardilli, Modelli 2003, p.1ss.
G. MacCormack,

SIHDA :

7 : 1952 **Florence/Sienne** (Ugo Enrico Paoli : 24-27 sept.²² : La vente dans les divers droits de l'Antiquité : 18 communications. Participants de 8 pays²³. Dans sa chronique, van Oven²⁴ écrit que la SHDA est habituellement appelée Société De Visscher. Le nombre de participants a grandi et le français n'est plus l'unique langue dans laquelle les conférences sont données).

23 : 1968 Fribourg (CH) (Felix Wubbe : 17-20 septembre : Le droit commercial dans le monde antique : 18 pays²⁵, Une centaine de participants dont 80 effectifs (malgré la contestation étudiante). 25 communications dont 9 sur le thème central. Assemblée générale : Présidée par Jean Gaudemet (cela semble être la première fois que la présidence est assumée par un professeur qui n'est pas membre du comité directeur). Pieter Verdam et Hans Ankum invitent la SIHDA à Amsterdam en 1969, et Walter Selb l'invite à Vienne l'an d'après.

²² CHR FDV pour les sessions 7-8-9-11-14, dans les numéros correspondants de la RIDA ; Cosentini, in IVRA 4 (1953), p. 566-574.

²³ Chronique de van Oven, in TR 21 (1953), p.125-127. La liste complète des participants se trouve dans la chronique de Cosentini.

²⁴ Chronique de van Oven, in TR 21 (1953), p.125-127.

²⁵ Onorato Bucci, La « Société » a Fribourg, in Labeo 14 (1968), p.344, écrit qu'il y avait 19 pays représentés.