

**Impact de la perte de confiance sur la théorie des risques : regards croisés de l'étymologie, du droit et de l'histoire sur la *mora debitoris***

**I. MOTS-CLES :**

Cas fortuit - Perte de la chose – Mora debitoris – 5.267 du Code Civil

**II. ABSTRACT :**

1- Comme semble l'indiquer la loi des XII tables, le transfert de propriété de la chose vendue impliquait initialement un paiement immédiat du prix.

Néanmoins, le mécanisme de crédit, soit un système dans lequel un laps de temps s'écoule entre la naissance de l'obligation et son exécution, n'était pas totalement inexistant et fut de plus en plus fréquemment utilisé dans l'ordre juridique romain.

Or, l'institution de crédit nous renvoie directement aux deux thématiques de ce colloque.

Concernant premièrement la notion de confiance, il est intéressant de souligner que le terme « créance », comme celui de « crédit » proviennent tous deux du latin : *credo, -ere*, soit « croire » dont le substantif est le terme latin *fides, -ei* renvoyant lui-même à la notion de *fiducia*, la confiance.

Cette origine commune entre les notions de crédit et de confiance témoigne des liens logiques entre celles-ci : en n'exigeant pas l'exécution immédiate de la part de son débiteur au moment de la naissance de l'acte juridique, le créancier doit avoir confiance dans le fait que celui-là exécutera, dans le délai prévu, la prestation attendue.

Mais le crédit est également lié à la notion de risque puisque, entre le moment de la naissance de l'obligation et le moment où celle-ci doit être exécutée, l'objet de cette même obligation peut disparaître.

Si cet objet est une chose certaine et déterminée, se pose la question des conséquences de cette disparition sur l'obligation elle-même. En d'autres termes, qui du créancier ou du débiteur supporte le risque de la perte de la chose due ?

Confiance et risque s'analysent dès lors comme deux éléments intrinsèques à l'institution du crédit qui ne sont – comme nous allons le voir – pas sans incidence l'un sur l'autre.

2- Le point de départ de l'analyse sera le texte du jurisconsulte Paul du 3<sup>ème</sup> siècle (Paul, *l. 5 ad Plautium*, D.44.7.45.)

Le texte traite d'un contrat de *stipulatio*, dans lequel le promettant (débiteur) s'engage à remettre un esclave au stipulant (créancier). Avant sa livraison, l'esclave décède de mort naturelle.

Dans la mesure où le contrat est unilatéral et que, seul le créancier en tire un avantage, les risques de la perte de la chose sont à sa charge. En résumé : la mort de l'esclave par cas fortuit devrait libérer le débiteur de ses obligations. C'est à cette conclusion, que Paul arrive.

Néanmoins, un élément important permet de tirer un autre enseignement de ce texte.

Paul prend en effet la peine de préciser que le débiteur n'était pas en demeure (« *eum ante moram manumiserit* »), soit qu'il n'y avait pas eu d'*interpellatio*. Une lecture du texte *a contrario* permet de comprendre que, si le débiteur/promettant avait été mis en demeure, la solution aurait été inversée et que ce dernier aurait supporté les risques.

L'enseignement abstrait et général tiré de ce texte apparaît de façon limpide : en droit romain<sup>1</sup>, la mise en demeure, première marque d'un ébranlement de la confiance que le créancier place dans le débiteur, inverse la charge des risques.

3- Il est intéressant de constater que cet enseignement tiré du cas concret traité par Paul a, comme souvent, survécu en droit positif belge et se retrouve dans l'article 1302 de l'ancien Code Civil belge, repris en substance dans les articles 5.266 et 5.267 du Code Civil belge.

Néanmoins, les siècles et débats doctrinaux successifs ont laissé leur trace sur le principe a priori clair exposé par Paul et la règle qui nous est parvenue est aujourd'hui plus nuancée, mais aussi plus complexe.

En effet, l'article 5.266 alinéa 2 du nouveau Code Civil parle bien d'obligations de *remise* de la chose, ce qui pose la question de l'application de la règle à d'autres obligations n'incluant pas une telle remise.

L'article 5.267 du nouveau Code Civil prévoit par ailleurs une exception – non romaine – à l'attribution des risques au débiteur en demeure :

*« Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il n'a pas pris en charge les cas de force majeure, l'obligation est caduque, et le débiteur libéré de toute obligation, dans le cas où la chose aurait également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée. »*

Ces ajouts et précisions sont-ils forcément un progrès ?

La présente intervention aura pour but de répondre à cette question en reprenant un cas pratique traité par la Cour de Cassation belge par son arrêt du 4 février 2005 et en comparant les solutions que les faits à l'origine du litige auraient pu recevoir en application du droit romain, de l'article 1302 de l'ancien Code Civil belge (applicable au moment de l'arrêt), et des nouveaux articles 5.266 et 5.627 du nouveau Code Civil belge.

---

<sup>1</sup> Du moins tel qu'applicable au 6<sup>ème</sup> siècle puisque nous prenons comme référence les textes du juriste Paul (3<sup>ème</sup> siècle) tels qu'ils nous sont parvenus au travers du digeste de l'empereur Justinien (6<sup>ème</sup> siècle).

### **III. BIOGRAPHIE**

Elisa Schils est avocate au barreau de Liège ainsi qu'assistante au sein du service de droit romain et droit comparé de l'ULiège (faculté de droit).

#### IV. BIBLIOGRAPHIE

- A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, éditions Klincksieck, 1994.
- A. MONTEL, *La mora del debitore, requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Milan, Casa Editrice Dott. A. Milani Già Litotipo – Padova, 1930.
- Cass., 6 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009/24, p. 1106.
- Cass., 6 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 437.
- Cass., 4 février 2005, *Pas.*, 2005, II, p.275.
- Digeste de Justinien : Paul, au livre 3 sur Plautius (D.44.7.45) – traduction H. HULOT.
- Digeste de Justinien : Paul, lib.16 Quaestiones (D.18.4.21) – traduction H. HULOT.
- Digeste de Justinien : Ulpian, au livre 22 sur Sabin. (D.30.47.6) – traduction H. HULOT.
- J.-D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, Dunker & Humblot, 2005.
- J-F. GERKENS, *La mora debitoris est-elle une faute?*, Liège, Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999.
- M. DE VAAN, *Etymological dictionary of Latin and other Italic languages*, Volume 7, Boston, Brill, 2008.
- M. HUMBERT, *La loi des XII tables : édition et commentaire*, Rome, École française de Rome, 2018.
- Proposition de loi portant insertion du livre 5 “Les obligations” dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 0174/001, p. 273-274.
- P.G.W. GLARE, *Oxford latin dictionary*, Second edition, volume I, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- S. MOSSELMANS, “Koop - Tenietgaan van de verkochte zaak - Verval van de op deze zaak slaande verbintenissen - Weerslag op de overige verbintenissen”, *RWE*, 2005-06, nr. 15, 587-589.
- W. ERNST “Klagen aus Kauf (*actio empti, actio venditi*)”, in U. BABUSIAUX et al. (dir.), *Handbuch des Römischen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p.2039 et s.
- P. COLSON. et B. FOSSEPREZ., «Le paiement et les causes d’extinction des obligations dans le livre 5 » in Th. DERVAL et al. (dir.), *La réforme du droit des obligations*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 751-803.