

Observations sur l'adage : *Periculum est emptoris*

Jean-François GERKENS
(Université de Liège)

La journée d'études d'aujourd'hui est consacrée aux instruments de la pensée juridique, tels qu'exposés par J.-H. Michel¹. Parmi ces instruments de la pensée juridique, on n'est pas surpris de trouver les *regule iuris*²; et il en est une dont je voudrais approfondir l'étude maintenant : *periculum est emptoris*³.

L'adage y est expliqué comme suit :

« 153. A. Entre la conclusion du contrat et la livraison qui, liée au paiement du prix, transfère à l'acheteur, selon les cas, la propriété ou la possession, la chose vendue est aux risques de l'acheteur. Qu'est-ce à dire ? Pour comprendre la portée de cette règle, il faut la combiner avec la *custodia* due par le vendeur (n°143).

La *custodia* du vendeur et le risque pour l'acheteur durent de la conclusion du contrat à la livraison de la chose. L'une ou l'autre de ces notions entrera en jeu si, pendant ce laps de temps, la chose vendue vient à être endommagée, détruite ou perdue.

- Si le dommage ou la perte est imputable à une circonstance dont le vendeur répond du fait de sa *custodia* — par exemple un simple vol — l'acheteur est libéré de ses obligations.
- Dans le cas contraire, bien que la chose vendue soit endommagée ou perdue, parce que le risque lui en incombe, l'acheteur devra néanmoins payer le prix, alors qu'il ne recevra rien ou moins que prévu.

¹ J.-H. MICHEL, *Éléments de droit romain* II, Bruxelles 1998, p. 407-433.

² *Ibid.*, p. 430s.

³ Cette *regula* est examinée en particulier, à la page 298 du même ouvrage de J.-H. Michel.

En d'autres termes : les cas de force majeure (*vis maior*), soustraits à la responsabilité du fait de la *custodia*, constituent le domaine des risques qui sont à la charge de l'acheteur.

On se souviendra en outre :
- Que le vendeur en droit romain, reste propriétaire de la chose vendue jusqu'à la livraison ;
- Que le Code civil, en liant automatiquement le transfert de la propriété à la conclusion du contrat, aboutit à ramener la théorie des risques dans la vente (*periculum est emptoris*) à la règle générale du droit romain en cette matière (*res perit domino*). »

Voilà comment J.-H. Michel explique la règle. L'auteur poursuit son exposé en justifiant la règle comme suit :

« B. La théorie romaine des risques de la vente s'explique parfaitement si l'on admet qu'à l'origine la vente était au comptant. L'acheteur devenait aussitôt propriétaire et assumait le risque des cas de force majeure en vertu de la règle générale : *res perit domino*.

REM. Les autres explications proposées par les anciens et les modernes sont peu intéressantes ou mal fondées. On verra, par exemple, Inst.3.23[3] ou la rubrique Dig.18.6 *De periculo et commodo rei venditae*.

En revanche, il est certain que la règle *periculum est emptoris* favorise le vendeur dans le grand commerce maritime.

Si la règle *periculum est emptoris* a survécu à l'époque classique et tardive pour la vente consensuelle, c'est parce que la pratique du commerce et la doctrine des jurisconsultes l'ont rendue acceptable pour l'acheteur :

- En imposant au vendeur la responsabilité de la *custodia* ;
- En permettant de toute manière à l'acheteur de hâter le paiement du prix et la livraison de la chose vendue. »

L'exposé de J.H. Michel sur l'adage est clair et relativement classique sur le fond. Du moins en est-il ainsi dans la mesure où un tel classicisme a une chance d'exister. Comme le laisse entendre l'auteur, la doctrine a avancé beaucoup d'hypothèses différentes

pour tenter d'expliquer le fondement de la *regula*, et cela sans qu'aucune explication ne soit définitivement convaincante.

L'exposé qui suit m'est très largement inspiré de la lecture d'un ouvrage paru récemment. Il s'agit de l'ouvrage de Martin Pennitz, intitulé « *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*⁴ ».

Cet ouvrage s'inscrit dans la tendance actuelle⁵, qui est de tenter de faire vivre à la recherche en droit romain, une sorte de révolution copernicienne. Il s'agit de ce que la doctrine germanophone appelle « *aktionenrechtliches Denken* ». Il s'agit, en quelque sorte, d'examiner les sources juridiques classiques en se basant sur l'idée que les jurisconsultes romains abordaient le droit par l'entremise des actions et des interdits de l'édit du préteur.

Si la tendance est actuelle, l'idée l'est un peu moins. En réalité, la vision que l'on avait du droit romain a été remise en question une première fois sur ce plan-là, par la découverte du palimpseste de Vérone⁶. En particulier le livre IV des Institutes de Gaius a permis une meilleure compréhension de la procédure formulaire. C'est grâce à cette même découverte qu'Otto Lenel pourra reconstituer l'édit du préteur. Avec l'amélioration de notre connaissance de la procédure, nous avons également pu mieux percevoir la position beaucoup plus centrale de celle-ci, que ne le laissaient encore entrevoir les pandectistes, par exemple.

Les auteurs contemporains qui adhèrent au « *aktionenrechtliches Denken* » s'en réfèrent volontiers à une affirmation de Fritz Schulz⁷ d'après laquelle la jurisprudence classique traitait et considérait encore le droit privé du point de vue

⁴ L'ouvrage est paru dans la collection « *Forschungen zum Römischen Recht* (44) » chez Böhlau (ISBN 3-205-99139-7).

⁵ V. par exemple : A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht : Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999 ; I. FARGNOLI, « *Alius solvit alius repetit* », Milano 2001 (particulièrement les pages 1 à 5).

⁶ En ce sens, voyez par exemple : M. TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in ED 36 (1987) p. 1s.

⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig 1934, p. 28.

de moyens procéduraux, par lesquels ce droit privé pouvait être mis en œuvre⁸.

Si cette façon d'aborder le droit privé nous apparaît moins familière et que nous réfléchissons plus volontiers au droit privé en termes de droits subjectifs, c'est comme le rappelle Mantovani⁹, parce que notre formation juridique, que nous le voulions ou non, est toujours pandectiste.

Je disais donc que Pennitz tente de donner une explication globale de la problématique liée au risque en matière de vente en abordant la question par le biais d'une approche procédurale, édictale de la question.

L'auteur commence par faire un rappel des solutions élaborées par la doctrine sur la question. Voici un bref rappel de la problématique ainsi qu'un résumé des positions adoptées par la doctrine avant Pennitz :

Le cas visé par la règle est celui de la vente d'une *species* dont l'exécution est différée dans le temps (par opposition de la vente au comptant). Les circonstances font que l'exécution de l'obligation du vendeur est devenue impossible, la chose ayant péri par l'action de la force majeure. Le vendeur est libéré de son obligation, mais qu'en est-il de l'obligation corrélatrice de l'acheteur de payer le prix ?

C'est ici qu'intervient l'adage romain : *periculum est emptoris*. C'est l'acheteur qui supporte la perte de la chose, le prix reste donc dû. La règle est exprimée fréquemment dans les sources et ne semble faire aucun doute pour les jurisconsultes. Ce qui nous induit à penser que les jurisconsultes ne doutent pas, c'est précisément que jamais, cette règle n'est justifiée dans les sources.

Cette absence de justification a beaucoup perturbé la doctrine romaniste qui s'est employée à essayer de pallier cette lacune. Ce besoin de justification s'est d'autant plus fait sentir, que

⁸ Schulz est invoqué tant par Pennitz (*op. cit.*, p.1) que par Fagnoli (*op. cit.*, p.1).

⁹ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 7.

la règle elle-même, ne paraît pas indiscutable sur le plan de l'équité. Pourquoi l'acheteur doit-il supporter seul la perte de la chose alors qu'il n'a jamais été en mesure d'en empêcher la perte ?

C'est dans ce cadre, qu'ont été énoncées les nombreuses explications dont J.-H. Michel écrit qu'elles sont peu intéressantes ou mal fondées.

Les Pandectistes se sont fortement intéressés à la question et ont développé un grand nombre d'explications différentes.

Wächter¹⁰ pense que la règle s'explique par le fait que seule l'obligation du vendeur est devenue impossible. L'obligation de l'acheteur étant toujours possible, il n'y a pas de raison de le libérer de l'obligation de payer le prix.

Dernburg¹¹ approfondit la position de Wächter en insistant sur l'indépendance des deux obligations, l'une par rapport à l'autre.

Koch et Fuchs¹² pensent que la règle s'explique par le fait que lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible, tout se passe comme si cette obligation avait été exécutée. Il y a une fiction de l'obligation exécutée.

Jhering¹³ pense également à une fiction, mais cette fois sous forme de présomption irréfragable de faute, dans le chef de l'acheteur.

Bon nombre de pandectistes, avec Windscheid, développeront également une théorie du transfert immédiat de la

¹⁰ C.G. WÄCHTER, *Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?*, in AcP 15 (1832) p.188ss. (190).

¹¹ H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*², Heidelberg 1868, p.78.

¹² C.F. KOCH, *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte* I², Berlin 1858/1859, p. 202s. ; K. FUCHS, *Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen*, in AcP 34 (1851) p. 111s.

¹³ R. JHERING, *Über den Sinn des Satzes : Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufs*, in JhJb 3 (1859) p. 462ss.

chose vendue¹⁴, rapprochant ainsi la vente romaine de son homologue du code Napoléon.

Savigny¹⁵ soutenait déjà la position retenue par J.-H. Michel, d'après laquelle la répartition du risque dans la vente était modulée conformément à la vente normale, la vente au comptant. Le problème de cette position réside dans la question : Pourquoi la vente au comptant serait-elle la vente normale ? Et comment cette vente normale a-t-elle pu empêcher le développement d'une solution autonome de la question du risque pour la vente à crédit ? Cela reste mystérieux, dans la mesure où il est impossible que le problème du risque de la perte de la chose vendue se pose dans l'hypothèse d'une vente pour laquelle la chose vendue a déjà fait l'objet d'une *traditio*. Afin d'appuyer cette position de Savigny, d'autres auteurs tenteront de trouver une confirmation historique à cette vision de la vente. C'est ainsi, par exemple, que Hofmann¹⁶ émet l'hypothèse que la règle *periculum est emptoris* se trouvait dans la loi des XII Tables et proviendrait du droit grec.

Pernice¹⁷ tente une autre explication historique. Il est d'avis que le contrat de vente au comptant n'a pas pu se transformer en contrat consensuel sans étape intermédiaire. Il pense qu'à une époque (républicaine) le contrat de vente a dû être un contrat réel reposant sur la *traditio* de la chose vendue par le vendeur. Et ce ne serait qu'à la fin de la République, sous l'influence de l'exemple des contrats consensuels fondés sur la *fides*, qu'étaient le *mandatum* et la *societas*, que la vente serait devenue un contrat consensuel.

Flatau¹⁸ écrit que la règle se justifie par le fait que l'acheteur peut déjà revendre la chose achetée avant même d'en avoir reçu

¹⁴ Sur cette théorie et sur les pandectistes qui y ont adhéré, v. PENNITZ, *op. cit.*, p. 19ss.

¹⁵ F.C. SAVIGNY, *Pandektenvorlesung* 1824/1825, édité par H. HAMMEN, Frankfurt/Main 1993, p. 220s.

¹⁶ F. HOFMANN, *Ueber das Periculum beim Kaufe*, Wien 1870, p. 21ss.

¹⁷ A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* I, Halle 1873, p. 456ss.

¹⁸ L. FLATAU, *Über das Tragen der Gefahr beim Genuskauf*, (Diss.) Breslau 1880, p. 47ss.

traditio et en tirer des bénéfices dès ce moment. En outre, cet auteur retient – comme J.-H. Michel – que cette règle s’explique aussi en tant que contrepartie de la *custodia* qui est imposée au vendeur.

Enfin, certains Pandectistes ne résistent pas à la tentation d’écrire à propos de cette règle qu’elle est un accident de l’histoire¹⁹, un peu bizarre²⁰, incompatible avec les exigences de la dogmatique juridique moderne... Et de conclure : « *Regulam : ‘Periculum emptoris’ esse delendam*²¹ ». En cela, évidemment, la position échappe un peu à l’évaluation historique, pour se situer dans le cadre d’une discussion de droit positif, le BGB n’étant pas encore entré en vigueur.

Comme on le voit, la discussion a été assez vive, tout au long du XIX^{ème} siècle. Toutes les justifications possibles de la règle « *periculum est emptoris* » semblaient déjà avoir été envisagées... Et pourtant on n’en est pas resté là.

Un constat important doit être établi en particulier. Tous ces auteurs du XIX^{ème} siècle escamotent – probablement à dessein – toute une série de fragments du Digeste qui sont en contradiction avec la *regula* « *periculum est emptoris* ». Les fragments du Digeste auxquels il est le plus fréquemment fait référence dans ce cas sont les textes bien connus de Paul²², Julien et Africain²³. Bref,

¹⁹ En ce sens, v. R. OESTERLEN, *Der mehrfache Verkauf derselben Sache*, (Diss. Tübingen) Stuttgart 1883, p. 67.

²⁰ F. HOFMANN, *op. cit.*, p. 38s.

²¹ J.A. JOLLES [*Het periculum bij den koop*, (Diss.) Amsterdam 1892, 209s.] cité par Pennitz, p. 32.

²² D.18.6.13 (Paul., l. 3 *Alfen 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., l. 3 ad Urs. Ferocem) 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., l. 3 *Alfen epit.*) : Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

Trad. : 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.

²³ D.19.2.33 (Afr., l. 8 quaest.) : *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis, D.19.2.34 (Gai., l. 10 ad ed. prov.) : perinde ac latronum incursu id acciderit.*

Trad.: Africain (au livre 8 des Questions), D.19.2.33 : Si le fonds que tu m'as donné en location est devenu un fonds public, tu seras tenu, en vertu de l'action de louage, à me fournir la jouissance de la chose, bien qu'il ne dépende pas de toi que tu ne me l'aies pas procurée. De même dit-il (Julien), que si tu m'avais commandé la construction d'une maison de rapport et que le sol se soit effondré : tu n'en serais pas moins tenu. Car même si tu m'avais vendu un fonds et que celui-ci soit devenu un fonds public avant que tu ne m'en aies délivré la libre possession, tu serais tenu par l'action d'achat. Ceci n'est vrai que dans la mesure où tu restitues le prix de vente et non dans la mesure où tu m'indemniseras de l'intérêt plus grand que j'aurais eu à ce que la libre possession me soit délivrée. C'est pourquoi je crois que la même décision doit être prise concernant la location, à savoir que tu me restitues la somme que j'ai payée, et bien entendu pour l'époque où je n'aurais pas eu la jouissance. Tu ne seras pas tenu à davantage par l'action de location. En effet, si ton fermier est empêché de jouir du fonds par toi-même ou par quelqu'un à qui tu pourrais interdire de le faire, tu devras lui procurer tout ce qu'il avait d'intérêt à bénéficier de la jouissance ; et on y comprendra le profit qu'il aurait pu faire. Mais si le fermier est troublé par quelqu'un à qui tu ne peux interdire le trouble pour un cas de force majeure ou en raison de sa puissance, tu ne lui devras rien de plus que la restitution du loyer ou la remise de la dette de loyer.

si les hypothèses des Pandectistes sont intéressantes, elles restent trop éloignées des sources pour emporter notre adhésion.

Si l'on examine maintenant la doctrine « post-pandectiste », celle du XX^{ème} siècle, que trouve-t-on ?

Le tournant vient avec Arnò²⁴, qui semble être le premier auteur à attirer l'attention sur les sources qui soutiennent la règle « *periculum est venditoris* ». Arnò constate que la règle du *periculum emptoris* n'est pas équitable, puisque l'acheteur n'a aucune maîtrise sur la chose achetée. L'auteur en arrive tout naturellement à se demander si *periculum est emptoris* est bien conforme au droit classique.

Haymann²⁵ s'enfoncera résolument dans l'hypothèse de l'interpolation. Pour lui, la règle qui prévaut en droit classique est celle du *periculum venditoris* (comme dans le BGB). Le *periculum emptoris* serait une invention postclassique, consécutive à une mutation du contrat de vente sous l'influence orientale.

Cette position sera combattue pour son hypercriticisme²⁶. Seckel et Lévy²⁷ réaffirment le caractère classique du *periculum emptoris*, et tentent de déforer les textes dans lesquels est affirmée la règle *periculum est venditoris*.

C'est ainsi que l'attention est à nouveau portée sur ces textes contredisant *periculum est emptoris*. Kaser²⁸ souligne alors l'origine casuistique de la règle contenue dans l'adage. Règle qui dès lors admettrait un certain nombre d'exceptions.

²⁴ C. ARNÒ, *La teorica del « periculum rei venditae » nel diritto romano classico*, in *Giurisprudenza Italiana* 49 (1897), IV, 209ss.

²⁵ F. HAYMANN, *Periculum est emptoris*, in ZSS 41 (1920) 44ss., 172ss.; F. HAYMANN, *Über die Haftung für custodia*, in ZSS 40 (1919) p. 255ss.; F. HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in ZSS 48 (1928) p. 314ss.

²⁶ V. en particulier Ch. Appleton, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, in RH 4 série 5 (1926) p. 375ss.

²⁷ E. SECKEL/ E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS 4 (1927) p. 117ss.

²⁸ M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, in ZSS 96 (1979) 91s.

Bien avant cela, Rabel²⁹ pensait déjà qu'il s'agissait de plus que de simples exceptions. Puisque les deux règles ont coexisté, l'auteur pense que dans certains cas, ce devait être *periculum est emptoris*, dans d'autres *periculum est venditoris*. Plus précisément, la règle *periculum est emptoris* devait jouer en cas de décès de l'esclave ou dans l'hypothèse du vin qui a tourné, alors que dans l'hypothèse du vol de matériau de construction ou lors de l'intervention d'une autorité publique, c'est la règle inverse qui devait prévaloir. Il est possible que les juristes romains aient distingué d'après le type de dommage, selon que le dommage résulte d'une modification « intérieure » (la maladie de l'esclave ou la transformation du vin en vinaigre) ou d'une modification « extérieure » (vol ou intervention du magistrat).

Meylan³⁰ pense également que les deux règles ont coexisté. L'auteur considère que telle qu'elle existait en droit de Justinien (et telle qu'elle a été maintenue en droit suisse, dans l'art. 185 CO), la règle « *periculum est emptoris* » est illogique et inéquitable. Il élabore dès lors une reconstruction minutieuse de l'histoire de la vente romaine et affirme qu'en droit classique, le transfert des risques à l'acheteur ne se faisait pas nécessairement au moment de la conclusion de la vente. Il pense plutôt que lorsque la vente portait sur une *res nec Mancipi*, l'acheteur ne devait supporter les risques qu'à partir du moment de la délivrance de la chose vendue. *Periculum est emptoris* n'aurait dès lors valu que pour la vente de *res Mancipi*.

Les auteurs les plus récents, comme Cannata, Zimmermann et Cardilli³¹ continuent d'expliquer *periculum est emptoris* en recourant à une théorie proche de celle de Windscheid, d'après

²⁹ E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in ZSS 42 (1921) 555ss.

³⁰ Ph. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, in FS Guhl, Zurich 1950, p. 9-40.

³¹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990 ; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, in IVRA 43 (1992) p. 19 ; R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, Milano 1995, p. 335s., note 47.

laquelle tout se passe comme si dès le moment où l'*emptio* est *perfecta*, l'acheteur était déjà propriétaire de la chose, de manière à appliquer en matière de vente, la règle plus générale d'après laquelle « *Res perit domino* » ou, comme le dit la doctrine germanophone : « *casum sentit dominus* ». L'acheteur ne serait pas propriétaire au sens du droit des biens, mais quand même le « naturale destinatario della cosa³² » ou le « Vermögensherr³³ ».

Le problème de cette tendance récente, c'est qu'elle renoue avec la mauvaise habitude d'« oublier » les sources dans lesquelles « *periculum est venditoris* ».

C'est ici qu'intervient Talamanca³⁴ pour critiquer cet oubli. Il entreprend de démontrer que les deux règles ont coexisté en droit classique et que cela s'expliquerait par une controverse entre Sabinien et Proculien. Les Sabinien, à la suite des jurisconsultes préclassiques, auraient été favorables au principe du *periculum venditoris*, alors que les Proculien, à la suite de Labéon, auraient été favorables au principe du *periculum emptoris*. Labéon se serait fondé sur l'hypothèse de la *mors servi*, pour établir la règle des Proculien. Dans cette même hypothèse, Julien, et à sa suite les Sabinien, aurait reconnu une exception au *periculum venditoris*. Par la suite seule la règle du *periculum emptoris* aurait été retenue. Le problème de la position de Talamanca réside dans le manque de points d'appui dans les sources pour établir son interprétation. Lui-même reconnaît que sa théorie est un « work in progress », qui doit encore être affinée.

Pennitz³⁵ objecte à Talamanca l'absence de sources appuyant son hypothèse ; en particulier, l'absence de sources fournissant une justification de la controverse d'écoles. De même, Pennitz trouve surprenante l'affirmation de Talamanca, d'après laquelle, ce serait précisément à l'époque postclassique, que la règle du *periculum emptoris* se serait imposée.

³² R. CARDILLI, *op. cit.*

³³ En ce sens, W. ERNST, *Periculum est emptoris*, in ZSS 99 (1982) p. 243ss.

³⁴ M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in ED 46 (1993) p. 303ss.

³⁵ M. PENNITZ, *op. cit.*, p. 45.

Quelle est alors la proposition de Pennitz pour mieux expliquer les sources juridiques romaines, dans lesquelles notre problème est abordé ?

L'idée de départ, je vous l'ai déjà annoncée. Elle repose sur interprétation des textes en se plaçant dans la perspective des actions dont disposaient les Romains dans le cadre de la procédure formulaire. J'ai déjà fait référence à Fritz Schulz³⁶ dans ce contexte. Cette vision du droit romain doit être légèrement tempérée, dans la mesure où, comme le rappelle Kaser³⁷, les ouvrages de Q. Mucius et de Sabinus sur le *ius civile*, montrent à suffisance que les juristes n'ont pas pensé exclusivement par l'intermédiaire des actions en justice. Wieacker³⁸ souligne d'ailleurs que les Romains n'ont pas toujours pensé de la sorte, mais que le « *Aktionenrechtliches Denken* » ne remonte qu'à un moment où le *ius honorarium* est venu se distinguer du *ius civile*, soit vers la fin de la République.

Pennitz s'attaque alors à la notion de *periculum*. Il constate que les pandectistes ont renoncé à établir une définition précise de ce terme, admettant simplement que parfois il désignait un dommage futur, parfois un dommage déjà réalisé, parfois un dommage résultant d'un dol, parfois de la force majeure... L'examen des sources lui fait penser que le mot *periculum*, en matière de vente, est un terme relativement élastique, dans la mesure où il prend des sens assez divers, mais en même temps, il a également un sens juridiquement précis. Alors que depuis le Moyen Age, ce mot correspond pour l'essentiel au *damnum*, Pennitz émet l'hypothèse que ce terme renvoie plutôt au droit de la procédure. Il pense que, généralement³⁹, lorsque les juristes Romains utilisent le terme *periculum*, ils visent un aspect procédural du cas qu'ils examinent. *Periculum* désignerait un risque procédural. Le côté risqué pour la partie concernée semble

³⁶ V supra, note 7.

³⁷ M. KASER, *Römisches Privatrecht* I², München 1971, p. 226.

³⁸ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, p. 435ss.

³⁹ C'est-à-dire dans les cas où le mot n'est pas utilisé dans un sens a-technique.

consister en ce que le déroulement des faits diffère du déroulement habituellement prévisible, et s'avère ensuite désavantageux sur le plan procédural. Ce désavantage procédural consiste alors dans le fait d'être privé du moyen procédural (une action...) dont on aurait normalement pu bénéficier. Le risque procédural ne peut être précisé que par l'ajout d'un attribut tel que *emptoris* ou *venditoris*⁴⁰. Il peut alors découler d'un élément de fait, tel que la mort de l'esclave, la perte par vol ou bien un avis juridique d'un jurisconsulte sur un problème de fond. Il découle de ce constat qu'une partie seulement des textes juridiques dans lesquels on retrouve le mot « *periculum* » concernent effectivement le problème du risque dans le contrat de vente. Cette vision des choses explique du même coup pourquoi sous le titre 18.6 du Digeste (*de periculo et commodo rei venditae*) tous les fragments ne concernent pas le problème du risque dans la vente. Il se fait que sous cette rubrique, les Compilateurs rassemblent également des textes qui concernent des cas de risque entendu au sens procédural, tel que Pennitz l'a décrit. Il s'agit alors de cas, dans lesquels un événement particulier concernant la *res vendita* (objet du contrat) fait disparaître une chance sur le plan de la procédure et la possibilité d'en tirer le droit au *commodum* s'y rapportant.

Cette analyse terminologique de *periculum* est évidemment en contradiction avec celle qui est utilisée par la doctrine depuis longtemps. En cela elle suppose donc vérification au niveau des sources juridiques, ce que Pennitz entreprend assez longuement.

Il constate notamment que chez Gaius, il est question de *periculum* presque uniquement dans le livre IV, consacré aux actions. La seule occurrence de *periculum* en-dehors du livre IV concerne un cas, dans lequel le mot est évidemment à comprendre dans un sens non technique (Gai.2.181 : *periculum insidiarum*). Dans le livre IV, les occurrences de *periculum* concernent notamment le risque lié à la *pluris petitio* dans le cadre des

⁴⁰ Notons que dans les sources romaines, on trouve aussi *periculum evictionis* (v. : C.2.23.1, C.3.19.1, C.5.71.9.1 ; C.7.17.2.3, C.8.44.10, C.8.44.21.2, C.8.44.26).

formulae certae... je n'entre pas dans le détail de l'analyse de toutes occurrences vérifiées⁴¹.

Un autre argument intéressant peut être trouvé dans un texte du Digeste :

D.16.3.1.5 (Ulp., *l. 30 ad Edictum*) :

Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

(Trad.) Il arrive souvent que la chose ou les pièces de monnaie déposées soient aux risques du dépositaire, par exemple si cela a été convenu expressément. Mais Julien écrit qu'il en est de même si quelqu'un s'est proposé spontanément en tant que dépositaire, il devra supporter le « risque » de la chose déposée, non seulement en raison de son dol, mais aussi en raison de sa faute et de la *custodia*. En revanche, il ne sera pas tenu en cas de cas fortuit.

Autrement dit, le dépositaire – à qui incombe le *periculum* – n'est pas tenu en cas de cas fortuit. Dans pareil cas, le *periculum* ne peut évidemment pas être le risque contractuel au sens traditionnel (au sens pandectiste). Ici, ce que Ulpien et Julien veulent dire, c'est que le dépositaire risque d'être tenu en vertu d'une *actio depositi*, même s'il n'a pas commis de dol, ce qui serait la mesure habituelle dans laquelle il serait tenu en cas de perte de la chose déposée...

Maintenant que le concept de *periculum* a été recadré, que peut-on en tirer en ce qui concerne la compréhension de la règle *periculum est emptoris* ? Quel est le lien entre le sens que Pennitz

⁴¹ Les textes sont Gai.4.56ss. ; Gai.4.98 ; Gai.4.162ss. ; Gai.4.171ss.

donne à *periculum* et la règle, telle qu'elle est exprimée, par exemple chez Paul⁴² (D.18.6.8pr.) ?

Pour Pennitz, le caractère synallagmatique de la vente est secondaire pour notre question, ce qui compte c'est que nous ayons un contrat consensuel qui fait naître une *actio empti* et une *actio venditi*.

Envisageons maintenant l'hypothèse la plus simple, pour laquelle la question du *periculum emptoris* est posée : On imagine le cas d'un esclave qui fait l'objet d'une vente et qui meurt d'une mort naturelle avant de faire l'objet d'une *traditio* en faveur de l'acheteur.

Dans pareille hypothèse, l'*actio empti* de l'acheteur, qui est une action de bonne foi, ne lui permet pas de réclamer l'esclave au vendeur. Elle ne lui permet pas non plus de réclamer l'équivalent en argent. Enfin, l'acheteur ne dispose pas non plus d'une autre action qui pourrait aboutir au résultat qu'il recevrait du vendeur l'équivalent de l'esclave décédé en argent.

En ce qui concerne le paiement du prix dans le même cas : soit l'acheteur a déjà payé et l'*actio empti* ne lui permet pas de le récupérer, puisqu'il n'a pas tenu au vendeur que l'esclave pérît ; soit l'acheteur n'a pas payé et l'*actio empti* lui sera refusée ou échouera parce qu'il n'a pas exécuté son obligation de payer le prix. Dans ce dernier cas, il appartiendra alors au vendeur de prendre l'initiative pour obtenir le paiement du prix grâce à l'*actio venditi*.

⁴² D.18.6.8pr. : *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 extincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.*

On pourrait se demander si l'*actio venditi* peut être accordée au vendeur alors que la *res vendita* n'a pas été fournie. La réponse positive à cette question découle avec certitude de la formule de cette action. L'*intentio* de l'*actio venditi* comporte un *dare facere oportere ex fide bona*, or le vendeur n'a pas agi contrairement à la bonne foi. L'acheteur ne saurait opposer à cette action l'absence de (*vacuam*) *possessionem tradere*, puisque cette *traditio* est devenue impossible et que le résultat aurait été le même dans le cadre d'un *iudicium ex empto*. La vision synallagmatique du contrat de vente que l'on pourrait avoir tendance à invoquer dans pareille hypothèse correspond à une vision moderne des choses. D'un point de vue procédural, on a bien deux actions distinctes.

La survie de l'*actio venditi* au décès de l'esclave est en tout cas confirmée par un texte de Julien (*l.15 Dig.*) D.18.5.5.1-2 :

1. Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit. 2. Mortuo autem homine perinde habenda est vendito ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt.

(Trad.) 1. La vente se résout par simple consentement tant qu'elle pas été exécutée par l'une des parties. 2. Mais si un esclave vendu est mort, du point de vue de la vente, c'est comme si il avait été délivré, car le vendeur est libéré et c'est l'acheteur qui subit la perte de l'esclave. Dès lors, sauf convention contraire, les actions de la vente sont maintenues.

Ce texte traite de la possibilité de revenir sur une *emptio venditio*, par un *contrarius consensus*. Julien explique cependant que cela n'est possible que si la chose vendue n'a pas encore été livrée. Julien poursuit en écrivant que la solution est la même si l'esclave est décédé. Dans pareil cas, le vendeur est libéré comme si l'esclave avait fait l'objet d'une *traditio* et les actions de la vente sont maintenues, ce qui semble confirmer que l'on a raison d'envisager le problème sous l'angle des actions. Ce texte de Julien confirme en tout cas que le décès de l'esclave n'empêche pas l'*actio venditi*, puisque le vendeur est libéré comme par la *traditio*.

De tout cela, il résulte que dans les cas similaires à celui de l'esclave qui décède de mort naturelle avant la *traditio*, l'acheteur est dans une situation qui, du point de vue procédural, est plus fragile, comporte plus de risques.

Compliquons maintenant un peu l'hypothèse de départ, en prenant le cas d'une *emptio* qui n'est pas encore *perfecta*. On peut imaginer qu'il s'agit d'une vente sous condition (*emptio sub condicione*) ou dont l'objet doit encore être individualisé (*emptio ad mensuram*). Dans de pareilles hypothèses, le décalage dans le temps entre la conclusion du contrat de vente et la *traditio* est inévitable.

D'un point de vue procédural, il n'y a pas encore d'*actio empti* ni d'*actio venditi* avant que la chose vendue n'ait été mesurée, pesée ou comptée ou avant la réalisation de la condition.

Dans le cadre de ce type de vente, il y a deux possibilités :

- Soit l'objet de la vente peut périr après avoir été mesuré, pesé ou compté mais avant la *traditio*, mais alors on revient dans l'hypothèse plus simple déjà évoquée.

- Soit la chose périt avant la réalisation de la condition ou avant d'avoir été pesée, mesurée ou comptée. Dans ce cas, on n'a pas encore d'*emptio perfecta*⁴³. Sur ce point, un passage de Paul (*l.5 ad Sabinum*) est particulièrement intéressant :

D.18.6.5 :

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo

⁴³ Notons que l'absence d'*emptio perfecta* n'empêche pas la possibilité de recourir déjà à l'*actio empti* ou *venditi*. Si l'on imagine en effet une hypothèse d'inexécution fautive, l'*actio empti* ou *venditi* pourrait être utilisée dès avant la perfection de la vente. V. en ce sens : D.18.1.50 (*Ulp., l.11 ad Edictum*) : *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*

praestari. si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat.

(Trad.) S'il a tenu à l'acheteur que le vin n'ait pas été enlevé au jour dit, le vendeur ne répond plus que de son dol. Si, par exemple, il a été convenu que 100 amphores se trouvant dans la cave seraient vendues « lorsque le vin sera mesuré », c'est le vendeur qui en supporte tous les risques, tant que le vin n'a pas été individualisé, sauf s'il a tenu à l'acheteur qu'il ne le soit pas.

D'après ce texte, pour une *emptio ad mensuram*, tant que la vente n'est pas parfaite et pour autant que l'acheteur ne soit pas en demeure, c'est le vendeur qui supporte « *omne periculum* ». Autrement dit, avant que la chose vendue n'ait été individualisée, c'est le vendeur qui aura à supporter les risques liés au procès.

Si c'est à cause de l'acheteur que la chose n'a pas encore pu être individualisée, l'*actio venditi* est ouverte au vendeur, dans le cas contraire cette action lui sera refusée et c'est sur lui que repose le risque procédural. En effet, dans le cadre d'une vente dont l'objet n'a pas été individualisé, il semble difficile de considérer que cette destruction soit équivalente à une *traditio* (argumentation a contrario sur D.18.5.5.2).

Conclusion sur l'explication de la règle *periculum est emptoris* :

Si l'on veut bien considérer que le *periculum* est celui qui découle de la situation procédurale, on supprime la contradiction entre le caractère synallagmatique de la vente et le risque particulier encouru par l'acheteur.

Nous savons que les juristes Romains envisageaient les actions de manière individuelle. Dans ce contexte, le « *dare facere oportere ex fide bona* » qui se trouve dans l'*intentio* de l'*actio empti* ou *venditi* porte soit sur le « *possessionem tradere* », soit sur le paiement du prix.

En cas de disparition fortuite de la chose vendue avant la *traditio*, le risque processuel est appelé à s'appliquer : le vendeur ne peut plus être condamné pour inexécution de son obligation de « *possessionem tradere* » alors que l'acheteur est toujours exposé à une condamnation dans le cadre d'un *iudicium ex vendito*.

Il est vrai que l'idée de réciprocité du consentement de la vente se retrouve dans la *demonstratio*. Ce consentement doit en effet être établi pour obtenir la condamnation de l'autre partie. Cependant, dans le cadre d'un *iudicium ex vendito*, l'obligation de livrer la chose due ne doit plus être réalisée lorsque celle-ci est devenue impossible pour une raison étrangère au vendeur. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a plus de réciprocité entre les deux actions de la vente. En effet, si l'acheteur agissait *ex empto*, le résultat serait le même : il ne pourrait pas obtenir une condamnation du vendeur pour défaut de *possessionem tradere*... C'est la formule de l'*actio empti*, avec son « *dare facere oportere ex fide bona* » qui empêche cela.

Cette vision procédurale de la répartition des risques explique aussi pourquoi la règle attribuant le risque à l'acheteur est aussi ancienne. Au début de la procédure formulaire, on peut penser que la mise en œuvre d'une action ne dépendait pas de la réalisation de l'obligation constituant la contrepartie dans le cadre des relations contractuelles. La situation juridique devait donc être très claire et ne demandait pas d'explication particulière.

On peut noter également que jamais les sources ne parlent de transfert du risque d'une partie à l'autre, comme on a l'habitude de le dire aujourd'hui. Et pour cause, puisque la question de la réalisation ou non du « *dare facere oportere ex fide bona* » est envisagée de manière individuelle pour chaque action. En fonction de la situation, on en conclura dès lors que l'on est dans un cas de *periculum emptoris* ou *venditoris*.

Enfin, cette vision explique également pourquoi certains textes font dépendre la solution retenue de la réalisation ou non de la *traditio*. Il ne s'agit pas tant le problème de la maîtrise de la chose. La *traditio* constitue plutôt, dans ce contexte, l'élément qui

ouvre la possibilité au vendeur, de recourir efficacement à l'*actio empti*.

Le travail de Martin Pennitz se fonde sur des exégèses complètes de nombreux textes, ce qui rend la thèse convaincante. Mais ce qui séduit avant tout, c'est que cet ouvrage offre une solution globale et résout bon nombre de problèmes auxquels la doctrine était confrontée jusque-là.