

l'achat, et en ait été le mobile. A défaut, on ne saurait rencontrer cette pensée de spéculation qui est au fond de toute opération de commerce.

15. — La nature de la vente ainsi déterminée, nous avons à rechercher au point de vue des principes spéciaux ses conditions et ses effets, examiner la doctrine et la jurisprudence, et indiquer les solutions qu'elles ont successivement consacrées sur les difficultés que le contrat, son existence, son caractère peuvent faire surgir ; dire les obligations qui en naissent pour le vendeur et l'acheteur respectivement ; enfin le mode de preuve qu'il comporte.

---

## SECTION I<sup>e</sup>

### **De la vente, ses conditions, ses effets.**

---

#### SOMMAIRE.

16. Caractère du contrat. Conditions qu'il exige.
17. Tout ce qui a une valeur vénale peut faire la matière d'une vente. Exceptions.
18. En droit commercial, le nom d'un individu peut être acheté ou vendu.
19. L'acheteur a-t-il le droit d'empêcher le vendeur de créer un nouvel établissement du même genre ?
20. Le vendeur peut s'en réserver la faculté, expressément ou tacitement. Ses devoirs dans ce cas.
21. La vente de la chose d'autrui est autorisée en commerce.

22. L'acheteur est à l'abri de toute revendication, même en cas de perte ou de vol.
23. Mais il en est passible si les choses achetées ont été prises en mer et déprédées sur un Français.
24. L'ordonnance du 22 septembre 1638 est applicable, quel que soit le pavillon sous lequel les effets français ont été pris.
25. Arrêts des Cours d'Aix et de cassation.
26. Contre qui la revendication peut être exercée dans ce cas ?
27. La disposition de l'article 1601, annulant la vente lorsque la chose vendue n'existe plus au moment du contrat, est inapplicable aux ventes commerciales.
28. Cette inapplicabilité est-elle absolue et sans exception ?
29. Conditions auxquelles se reconnaît l'achat ou la vente à forfait et à tous risques.
30. Hypothèses posées par MM. Delamarre et Lepoitvin. Justesse de leur conclusion.
31. Choses que la loi prohibe de vendre. Nullité du contrat.
32. *Quid*, si le contrat porte cumulativement sur des choses pouvant être vendues, et des choses prohibées. Droits de l'acheteur.
33. Droits du vendeur. Quand et à quelles conditions il peut faire maintenir la vente.
34. On peut vendre une chose future.
35. Effets de l'impossibilité de rien livrer, lorsque la vente a pour objet tout ce qui sera fabriqué pendant un temps convenu.
36. Lorsque la vente porte sur une récolte. Ses effets.
37. *Quid*, si cette dernière est faite en bloc et pour un prix déterminé.
38. Sur quoi porte l'aléa du contrat dans la vente d'un coup de filet, ou des prises qu'un corsaire fera dans tels mois. Conséquences.
39. La chose vendue doit être déterminée. Comment s'individualisent les marchandises.

40. L'omission de la détermination de la qualité entraîne-t-elle la nullité de la vente. Arrêt de la Cour de Metz pour l'affirmative.
41. Examen et discussion.
42. La vente qui n'aurait pas de prix est nulle. Elément du prix commercial.
43. Conséquences quant au juste prix.
44. Il suffit qu'il soit sérieux.
45. En quoi il doit consister.
46. Peut-il être stipulé en denrées ou marchandises.
47. Importance du véritable caractère du contrat en matière commerciale.
48. Le prix stipulé en argent, et plus tard reçu en nature, n'imprime pas au contrat le caractère d'un échange.
49. *Quid*, s'il consiste partie en argent, partie en marchandises.
50. Le prix doit être certain et déterminé. Il est tel s'il est établi par relation d'époques ou de choses.
51. On peut vendre au prix que des tiers auront donné, ou à celui que le vendeur payera lui-même.
52. Ou au prix que la chose vaudra à tel marché.
53. Ou au prix qu'elle sera vendue depuis tel mois jusqu'à tel autre. Comment il est, dans l'un et l'autre cas, procédé à sa détermination.
54. Controverse qu'avait suscité la faculté de déférer à un tiers la détermination du prix. Solution par le Code Napoléon.
55. Est admise dans la vente commerciale. Elle doit être formellement exprimée.
56. Peut-on nommer plusieurs experts ?
57. Doit-on les désigner dans le contrat sous peine de nullité.
58. Opinion pour l'affirmative de MM. Delvincourt et Troplong.
59. Caractère des arrêts invoqués par ce dernier.
60. Discussion.
61. Opinion de Casaregis, de Lucca et Ansaldo.
62. Doctrine de Pothier.

63. Le Code Napoléon n'a pas voulu le contraire.
64. Réfutation de l'opinion qui fait du choix futur des experts une condition potestative.
65. Le recours à justice est interdit lorsque les experts ont été nommés dans l'acte. Arrêt des Cours de Riom et de Cassation.
66. Il est ouvert dans le cas contraire. Doctrine de l'école italienne.
67. Opinion de MM. Duvergier, Delamarre et Lepoitvin.
68. Résumé et conclusion.
69. Le remplacement des experts nommés après, et en exécution de la convention, peut être poursuivi et ordonné en justice.
70. Dans quels cas doit-on nommer le tiers, si les experts sont partagés. Par qui il peut être nommé.
71. Caractère de la vente d'une chose au prix *qu'elle vaut*. Comment se détermine le prix.
72. *Quid* de celle faite pour le *juste prix*.
73. L'expertise peut-elle être attaquée pour exagération ou insuffisance.
74. Caractère de la vente au prix qu'on *m'en* offrira. Doctrine de Pothier.
75. Nature des objections et du reproche que font MM. Delamarre et Lepoitvin.
76. Une convention de ce genre peut valoir comme promesse de la préférence. Conséquences.
77. Cas dans lequel la règle *sine pretio certo nulla venditio*, recevrait exception.
78. Distinction à faire si le prétendu acheteur a revendu la chose. A quoi il est tenu s'il n'était que dépositaire ou consignataire.
79. Prix qu'il doit s'il a revendu avant de déterminer celui de l'achat.
80. Comment se régleraient les fournitures faites en compte courant.
81. Le prix peut être stipulé en services ou travaux. A quelles conditions. Conséquences.
82. Importance de la détermination du caractère de l'acte.

83. Nécessité du consentement respectif des parties. Sur quoi il doit porter.
84. Effet de la divergence de volontés sur le caractère du contrat.
85. Nécessité de s'entendre sur la chose.
86. Et sur le prix. *Quid*, si celui offert par l'acheteur est supérieur à celui demandé par le vendeur.
87. Le concours des volontés doit-il intervenir dès l'origine sur les clauses-conditions de la vente ?
88. Distinction à faire entre les pactes substantiels et les pactes accessoires. Définition de ces derniers.
89. On peut renvoyer à s'en entendre plus tard. Effet de cette stipulation sur la vente.
90. *Secus* pour les pactes substantiels. Leur caractère.
91. Effet du dol, de la fraude, de la violence et de l'erreur sur le consentement.
92. Dans quels cas et à quelles conditions l'erreur ferait-elle annuler la vente.
93. Comment s'apprécie le caractère de l'erreur.
94. Importance des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi le contrat. Arrêt de la Cour de Paris, qui en fait résulter l'irrecevabilité de la demande.
95. Caractère de cet arrêt. Conséquences de sa spécialité.
96. Arrêt de la Cour de Douai, repoussant la fin de non-recevoir, tirée de ce que l'acheteur a omis de vérifier la qualité.
97. La vente d'une invention brevetée est entachée d'erreur substantielle, si la découverte ne produit pas les résultats promis, ou n'était pas susceptible d'être brevetée.
98. Arrêt de la Cour de Grenoble dans ce sens. Reproches qu'on lui adressait devant la Cour de cassation.
99. Rejet du pourvoi.
100. Comment se détermine l'époque à laquelle le contrat a acquis sa perfection, lorsque le marché a été conclu par correspondance.
101. Caractère de la lettre missive. Conséquence pour la

- faculté de retracter l'offre tant qu'elle n'est pas arrivée à celui qui doit la recevoir.
102. La rétractation arrivant après la réception de l'offre n'en produit pas moins ses effets.
  103. L'offre même acceptée peut être rétractée tant que la lettre d'acceptation n'a pas été reçue et lue.
  104. Distinction que M. Duranton fait à ce sujet.
  105. Examen et réfutation.
  106. Si celui à qui on demande par lettre une marchandise l'expédie, la vente doit sortir à effet. Opinion de Pothier.
  107. Motifs donnés par M. Pardessus.
  108. Dans tous les cas l'expéditeur doit être remboursé de tous les frais.
  109. Difficultés que peut faire surgir l'existence de la proposition.
  110. L'envoi du prix courant n'est pas l'offre de vendre.
  111. Distinction que fait M. Pardessus, quant à l'envoi de circulaires.
  112. Caractère de cette doctrine, son inadmissibilité.
  113. La lettre annonçant *qu'on veut vendre*, est l'offre de vendre.
  114. *Secus* si on déclare *je voudrais vendre*.
  115. Effets de la perfection de la vente quant aux risques de la chose vendue.
  116. Cet effet est acquis lorsque la vente est d'un corps certain et déterminé.
  117. Dans la vente d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa qualité, les risques restent au vendeur jusqu'au pesage, comptage ou mesurage.
  118. Exception autorisée par l'article 1586, dans la vente en bloc.
  119. Difficultés que peut soulever le caractère de la vente.
  120. Règles à consulter et à suivre.
  121. Doctrine et jurisprudence.
  122. Critique par M. Duvergier de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1830.
  123. Réfutation.

124. La vente au poids ou à la mesure a-t-elle transféré la propriété de la chose à l'acheteur. Arrêt de la Cour de cassation pour l'affirmative.
125. Doctrine contraire de M. Troplong, son caractère juridique.
126. Quand doit être opéré le pesage, comptage ou mesurage.
127. Effet de la mise en demeure, dans la vente au poids ou à la mesure, contre l'acheteur.
128. Quelle est l'indemnité due au vendeur ?
129. Son obligation de prouver l'existence du préjudice.
130. Qu'il était en mesure de fournir la chose.
131. Résumé.
132. Disposition de l'article 1587, quant à la dégustation préalable dans certaines ventes.
133. Arrêt de la Cour de Metz, refusant à l'acheteur qui n'a agréé pas la chose le droit d'en réclamer une autre.
134. Discussion et réfutation.
135. Critique qu'en fait M. Duvergier.
136. Droit du vendeur de contraindre la dégustation, son caractère, son utilité.
137. Importance de la question de savoir si la dégustation est livrée à l'acheteur ou déferée à un tiers. Éléments de solution.
138. Règle à suivre dans la vente ordinaire.
139. Exception qu'elle comporte.
140. Règle pour la vente commerciale.
141. Opinion de Pothier.
142. Doctrine de M. Pardessus.
143. Avis de M. Troplong conforme.
144. La rationalité de cette doctrine prouvée par l'usage commercial.
145. Arrêts de la Cour de cassation en sens contraire.
146. Appréciation.
147. A la charge de qui restent les risques de la chose. Droit du vendeur de contraindre la dégustation.
148. Effet de la mise en demeure, si la chose est restée intacte.

149. Si la chose a péri depuis.
150. Effet de la renonciation à la dégustation. Son caractère.
151. Elle ressort de la prise de livraison.
152. *Quid* si celle-ci ne résulte que de la remise au commissionnaire de transports.
153. La prise de livraison virtuelle produit le même effet que la livraison réelle et effective.
154. La prise de livraison résulte de l'apposition de la marque de l'acheteur sur la chose vendue. Effets quant à la dégustation.
155. Différences entre la vente à l'essai et celle sous dégustation.
156. Comment l'article 1588 qualifie cette vente. Fondement de sa disposition.
157. Critique que M. Troplong en fait. Réponse.
158. Position de l'acheteur à l'endroit des risques.
159. Difficultés que peut faire naître le caractère de la vente. Doit résulter de la convention.
160. Opinion de M. Duvergier. Réponse.
161. Conséquences quant à la vente civile, en cas de silence de la convention.
162. L'aveu de l'acheteur est indivisible, s'il porte sur la vente et sur sa conditionnalité.
163. Arrêt de la Cour de cassation dans ce sens.
164. Droits du vendeur, si aucun délai n'a été fixé.
165. Si un délai a été déterminé. Son observation est de rigueur. Conséquences.
166. Le vendeur peut-il exciper de la déchéance pour dés céder du marché ?
167. Le droit de l'acheteur passe à ses héritiers.
168. A quelle condition peut-il être exercé par la masse de sa faillite.
169. Importance que le fait de la faillite donne à la question de savoir s'il y a eu ou non renonciation à l'essai.
- 169 *bis*. Caractère et effets de la vente sur échantillon.

16. — La vente est un contrat par lequel une des parties s'oblige de livrer ou livre une chose en échange de



laquelle l'autre paye ou s'engage de payer une somme convenue. On ne saurait donc la concevoir sans la réunion de ces trois conditions : Le concours des volontés, une chose, un prix ; *res, pretium, consensus*. Il en est, à raison de ce, de la vente commerciale comme de la vente civile.

47. — Tout ce qui a une valeur vénale, appréciable, peut faire la matière d'un achat ou d'une vente, pourvu toutefois que la chose soit dans le commerce et n'ait pas été frappée d'inaliénabilité, ou qu'une loi spéciale n'en ait pas prohibé l'achat. Par exemple, la loi du 28 mars 1793 défend d'acheter des soldats les armes et effets d'équipements. La même interdiction est faite par des réglemens généraux relativement aux effets mobiliers offerts par des inconnus.

48. — En droit commun, le nom d'un individu ne peut être ni acheté ni vendu, il en est autrement dans le commerce.

Le nom d'un commerçant est comme une valeur vénale, pouvant faire la matière d'une vente ; bien souvent ce nom fait toute la richesse d'un établissement, et l'on ne trouverait personne qui voulût traiter de celui-ci si l'impossibilité de conserver l'enseigne venait lui retirer l'élément principal de sa prospérité.

La vente d'un établissement commercial ou industriel doit comprendre tous les accessoires servant à son exploitation, les ustensiles, machines, secrets de la fabrication, etc. Or, de tous ces accessoires le plus précieux sera

bien souvent le nom du fabricant, qui par sa juste réputation doit attirer et retenir l'achalandage. Aussi est-il compris dans la vente, à moins d'une stipulation contraire, formelle.

19. — Le droit de l'acheteur va-t-il jusqu'à prohiber au vendeur la faculté de créer en son nom un établissement du même genre ?

Quelques doutes ont surgi et ont fait contester l'existence de ce droit, s'il n'a été expressément stipulé au traité; nous ne saurions être de cet avis. Pour nous, la solution affirmative de la question résulte forcément de l'effet naturel de la vente.

Celui, dit M. Pardessus, qui vend sans aucune réserve une manufacture établie, opérant par des procédés qui ne sont connus que de lui, est présumé céder non-seulement tout ce qui a concouru à établir la réputation ou la supériorité d'industrie qui en fait tout le prix, par conséquent aliéner la faculté de transmettre ces procédés à un second acheteur, et ne pas avoir entendu se conserver le droit de former personnellement un établissement semblable ou rival.<sup>1</sup>

Or, la réputation d'un établissement est attachée à l'enseigne, c'est-à-dire au nom qui le désigne à la confiance du public; à la dénomination sous laquelle se recommandent ses produits, à la marque en indiquant l'origine. L'achat de l'établissement comprend donc forcée-

<sup>1</sup> N° 271.

ment les accessoires qui en sont inséparables ; le prix en a été évidemment calculé sur tous ces éléments.

Donc, si ce prix payé et reçu, le vendeur crée un nouvel établissement en son nom, emploie les mêmes procédés, se sert de ses anciennes marques et dénominations, l'acheteur se trouverait gravement lésé ; on lui reprendrait d'une main ce qu'on lui avait donné de l'autre ; on autoriserait une concurrence dont la prévision seule l'eût peut-être empêché de traiter.

On ne peut facilement présumer qu'il ait accepté une pareille chance. La certitude du contraire résulte, à notre avis, de ce fait seul qu'il est convenu que l'exploitation continuera de se faire sous le nom du vendeur.

La présomption enseignée par M. Pardessus doit donc être d'autant plus admise, qu'elle est plus naturelle, plus équitable, plus conforme aux usages du commerce. Vendre avec l'intention de reprendre le même commerce, la même industrie ; garder par devers soi cette intention, ce serait tendre un piège à l'acheteur, agir déloyalement. On ne saurait donc l'autoriser que si l'acte de cession en exprime la réserve.

20. — Cette réserve, toutefois, n'a pas besoin d'être expresse, les juges peuvent l'induire de l'intention des parties, des termes du contrat. Mais dans ce cas même le nouvel établissement doit se distinguer de l'ancien. Il est évident, dit M. Pardessus, que le vendeur ne pourrait empêcher l'acheteur ni de se dire son successeur, ni de se servir du nom et de la marque de l'établissement

vendu. Si même l'établissement n'était connu que sous le nom propre du vendeur, celui-ci ne pourrait donner, à son nouvel établissement, son propre nom sans y ajouter, ainsi qu'à l'enseigne et aux autres marques, quelque signe indiquant que l'établissement nouveau n'est pas le même que celui précédemment vendu.<sup>1</sup>

21. — La vente de la chose d'autrui est déclarée nulle par l'article 1599 du Code Napoléon. Elle ne peut donner lieu qu'à une allocation de dommages-intérêts en faveur de l'acheteur qui a ignoré que la chose qui lui était vendue appartenait à un autre qu'au vendeur.

Le Code de commerce n'a nulle part abrogé cette règle. Cependant on n'a jamais prétendu l'appliquer à la vente commerciale. Cette inapplicabilité résultait de la spécialité de l'article 1599 du Code Napoléon, ne régissant que les ventes immobilières.

On sait, en effet, que même en droit commun, en fait de meubles la possession valant titre, la vente de la chose dont le vendeur ne serait pas propriétaire serait valable, la revendication n'étant admise qu'en cas de perte ou de vol.

Or les achats et ventes commerciaux n'auront jamais pour objet que des choses ou des valeurs mobilières, et la raison pour les placer sous l'empire de la disposition de l'article 2279 du Code Napoléon était bien plus décisive encore. Ce qui était pure convenance en droit commun était en commerce une invincible nécessité. Il était impossible d'astreindre le commerçant à exiger de son

<sup>1</sup> Ibid.

vendeur la preuve de sa propriété. On n'aurait pu le faire sans méconnaître les nécessités réelles du commerce, sans créer un dangereux obstacle à la rapidité et au développement de ses opérations, c'est-à-dire sans porter atteinte à l'intérêt public lui-même.

Au reste, l'exception à la prohibition de vendre la chose d'autrui résulte en quelque sorte, pour le commerce, de l'article 2280 du Code Napoléon. Ainsi, si pour le citoyen ordinaire l'achat fait dans une foire ou dans un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles, oblige le propriétaire à en restituer le prix, on ne saurait se dissimuler que l'acheteur commercial sera à l'abri des effets de la revendication par la force même des choses, car il aura toujours acheté soit en foire, soit à la bourse, soit à un marchand vendant des choses pareilles.

Or, en commerce, la possession matérielle par le vendeur lui attribue, à défaut de la qualité de propriétaire, celle de commissionnaire. Celui-ci étant autorisé à agir en son nom propre et personnel, quoique pour le compte de son commettant, l'acheteur traitant avec lui n'encourt aucun reproche ; il n'a ni qualité ni droit pour vérifier l'origine de la chose qu'il achète ; il suffit que le vendeur l'eût en sa possession et l'ait réellement livrée, pour que l'opération produise tous ses effets en sa faveur, et qu'il soit même à l'abri d'une revendication.

La raison de le décider ainsi, toutes les fois que la détention de la chose par le vendeur provient du fait du propriétaire, est évidente. Les conséquences de l'abus de confiance, imputable au commissionnaire, au consignataire, au dépositaire, restent naturellement à la charge de

celui qui a eu le tort de le choisir, il serait injuste de les faire peser sur le tiers qui a traité de bonne foi.

22. — Peut-il, doit-il en être de même dans le cas où la chose a été soustraite par un vol ou perdue par le propriétaire ?

M. Pardessus soutient l'affirmative, l'unique droit qu'il reconnaît dans ce cas aux tribunaux, est d'apprécier les circonstances pour rechercher si celui qui a acheté n'a pas violé les règlements généraux ou ceux de sa profession, en achetant de personnes inconnues ou suspectes.<sup>1</sup>

MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent l'opinion contraire, ils l'étaient sur le caractère des articles 2279 et 2280 du Code Napoléon qui, ne distinguant pas, doivent recevoir leur application même en matière de commerce. Ils estiment en conséquence que l'acheteur, négociant ou marchand, d'une chose perdue ou volée, n'en devient possesseur légitime que dans le cas prévu par l'article 2280, et sous la condition du réméré de trois ans que l'article 2279 réserve au véritable propriétaire.<sup>2</sup>

Nous avons déjà dit que les articles 2279 et 2280 ne régissaient que les achats et ventes ordinaires, la place qu'ils occupent dans le Code civil, la différence entre cette législation et le droit commercial ne permettent pas de douter de cette affectation spéciale.

Elle résulterait d'ailleurs du texte même de leurs dispositions. L'article 2279 admet la revendication du pro-

<sup>1</sup> N° 272.

<sup>2</sup> T. III, n° 73.

priétaire pendant trois ans. Or était-il possible de prévoir que celui qui achète pour revendre aurait encore la chose en sa possession pendant ce laps de temps ?

On aurait donc concédé une faculté avec la certitude de l'impossibilité de son exercice, à moins de soutenir sa recevabilité alors même que pendant ce délai de trois ans la chose eût passé en trente mains.

L'article 2279 suppose donc un achat destiné à conserver la chose, et exclut par conséquent de sa disposition celui qui, ne constituant qu'un trafic, n'est contracté qu'en vue d'une revente immédiate.

Cette exclusion était d'ailleurs en quelque sorte commandée par le caractère de la législation commerciale. Ses éléments essentiels. MM. Delamarre et Lepoitvin neus le disent eux-mêmes, sont : la bonne foi, l'équité, l'intérêt du commerce ; or est-il rien de plus antipathique à ces éléments que la dépossession autorisée par les articles 2279 et 2280 ? Comprendrait-on l'annulation d'un achat contracté à la bourse ou par le ministère de courtiers.

Puis si la chose achetée, introduite dans les magasins de l'acheteur, y a été confondue avec d'autres de même nature, existera-t-elle encore ? Sa revendication ne deviendra-t-elle pas l'objet de difficultés sérieuses et réelles.

On ne saurait admettre que le législateur ait entendu autoriser un tel état des choses qui, laissant la propriété en suspend, était de nature à nuire au développement des opérations commerciales.

L'achat commercial n'est donc reprochable que par les circonstances dans lesquelles il a été contracté. M. Pardessus a dès-lors raison en bornant les attributions du

juge, en ce qui le concerne, à la recherche et à l'appréciation de ces circonstances. La loi ne doit aucune protection à celui qui a meconnu et violé les devoirs qu'elle-même lui imposait ; l'achat fait par un commerçant contrairement aux réglemens généraux ou spéciaux de sa profession tombe sous le coup de l'article 2279, mais cet article, comme l'article 2280, ne saurait régir les achats légalement et régulièrement contractés.

23. — La revendication de la chose en nature est autorisée en commerce, outre le cas de faillite, lorsque la chose avait été prise en mer et déprédée sur nos nationaux ; la déclaration du 22 septembre 1638, dont l'autorité ne saurait être méconnue, ne laisse aucun doute à cet égard.

Les motifs qui dictèrent ce monument de législation lui assuraient l'assentiment du législateur subséquent, et devaient faire respecter ses dispositions. Les voici tels qu'ils sont exposés dans le préambule :

« La facilité que les ennemis de notre Etat ont trouvé ès pays de ceux qui les favorisent, même dans nos états sous le nom des étrangers, de débiter les marchandises qu'ils prennent sur nos sujets, leur a donné la hardiesse de venir jusque sur nos côtes plus librement qu'ils n'auraient fait s'ils n'avaient trouvé ce secours et des étrangers et des marchands de notre royaume, lesquels, préférant leur profit au bien de l'Etat et à la compassion qu'ils doivent avoir de la perte faite par ceux de leur pays, achètent librement ces marchandises, à quoi il est nécessaire de pourvoir pour empêcher la ruine de nos sujets qui tra-



fiquent sur mer, desquels nous voulons avoir un soin particulier. »

En conséquence, l'importation et la vente des effets pris en mer et déprédés sur des Français sont prohibées d'une manière générale et absolue sur tout le territoire de la France, sous peines : contre les importateurs nationaux ou étrangers, non-seulement de la confiscation des effets, mais encore de celle du navire et de tout ce qu'il a à bord ; contre les acheteurs, de la confiscation des choses achetées, d'une amende de 10,000 livres pour la première fois ; de peine corporelle pour la seconde.

La confiscation au profit de l'Etat était bien une peine pour le violateur de la prohibition légale, mais elle ne pouvait donner au commerce maritime la protection qu'on voulait lui assurer. Que devenait en effet la mesure, si les effets pris et déprédés passaient des mains du capteur ou de l'acheteur dans celles de l'Etat ? Où était l'avantage pour celui à qui ces effets avaient appartenu ?

Le législateur de 1638 l'avait compris, aussi disposait-il que le tiers des confiscations et amendes appartiendrait au dénonciateur, et les deux autres tiers à ceux qui justifieraient de la propriété des choses prises et déprédées.

Il n'y a donc pas à hésiter sur l'esprit de la déclaration de 1638 ; ce qu'elle veut, c'est la remise en possession de celui que la course avait dépouillé, elle autorisait par cela même la révendication qui devait amener cette reprise de possession.

La prohibition d'importer et de vendre en France les prises faites sur les Français ne concernait et ne pouvait concerner que le capteur lui-même et son acheteur

direct. Celui-ci, en effet, traitant avec un corsaire, ne pouvait rationnellement prétendre avoir ignoré l'origine de ce qu'il achetait ; il se substituait d'ailleurs à son vendeur et n'acquerrait que le droit tel que celui-ci le possédait, c'est-à-dire résoluble en cas de rentrée en France des marchandises faisant l'objet de la vente, et subordonné aux effets de la confiscation ou de la revendication.

Mais ce qui était juste pour le premier acheteur, eût été une iniquité pour l'acheteur de seconde ou troisième main. Celui-ci, traitant avec un commerçant, n'avait pas à s'enquérir de l'origine de la possession de celui-ci, il devait et pouvait la croire légitime. Sa bonne foi le mettait donc à l'abri des mesures autorisées par la loi. Les effets importés en France ne pourraient lui être enlevés que par la preuve qu'il n'était que le prête-nom complaisant du premier acheteur ; que son concours avait pour but unique de soustraire celui-ci à l'application de la loi.

La faculté d'importer en France les effets déprédés sur des Français reconnue à l'acheteur de seconde ou de troisième main, ne pouvait dans aucun cas être contestée au propriétaire de ces effets. Il ne pouvait entrer dans la pensée du législateur d'empêcher celui-ci soit de racheter du capteur, soit d'acheter les marchandises exposées en vente par celui-ci ; et, dans l'un ou l'autre cas, d'en disposer à sa volonté.

C'est en effet son intérêt qui a dicté la prohibition d'importer. On a voulu, disait Emérigon, priver les ennemis de la facilité de débiter les marchandises qu'ils prennent sur nous, et ralentir la hardiesse qu'ils auraient de venir sur nos côtes s'ils trouvaient aisément à

vendre les effets déprédés, en un mot, tempérer la vivacité de leurs croisières, par l'embarras de nos propres dépouilles.<sup>4</sup>

Mais plus le capteur était embarrassé de ces dépouilles, et plus il devait être tenté de s'en débarrasser à tout prix. Leur achat devait donc procurer un bénéfice qui, pour l'ancien propriétaire, devenait un allègement à la perte que la prise lui faisait subir. C'eût été, ajoute Emérigon, manquer de compassion que de le priver de cette triste ressource.

L'esprit de la déclaration de 1638 absolvait son auteur de tout reproche de ce genre. Mais pour que nul ne songeât à le lui adresser, il a cru devoir s'en expliquer nettement, en déclarant : *N'entendons toutefois comprendre en la présente déclaration les marchands sur lesquels les marchandises auront été prises en mer, lesquels pourront les racheter ou faire racheter hors du royaume, et les rapporter en icelui.*

Cette déclaration n'a jamais cessé d'être obligatoire, mais ses dispositions expliquent la rareté de son application. Nos recueils de jurisprudence n'en mentionnent qu'un seul exemple.

24. — L'autorité de la déclaration de 1638 n'était dans l'espèce ni méconnue ni contestée. On soutenait qu'il n'y avait pas moyen de l'invoquer parce que les choses revendiquées ayant été embarquées sous pavillon

<sup>4</sup> *Dissertation à la suite du traité des prises*, par Valin.

neutre, et prises par un ennemi de ce pavillon, n'avaient pas été déprédées sur des Français.

C'était là interpréter singulièrement la déclaration de 1638, et autoriser le résultat qu'elle a entendu prévenir, c'est-à-dire la dépossession définitive de nos nationaux. La généralité de ses termes enlève tout doute. Que les effets français soient pris sous pavillon français ou sous pavillon neutre, ils n'en sont pas moins pris et la perte n'est pas moins certaine. Aussi le législateur ne distingue-t-il pas, son dispositif prohibe *d'apporter et de vendre dans le royaume, sous quelque prétexte que ce soit, les effets et marchandises prises en mer et déprédées sur les Français.*

Le fait par les sujets des parties belligérantes, d'emprunter un pavillon neutre, est une sage précaution qui diminue les risques du voyage, qui n'a rien d'illicite. Elle ne pouvait donc rationnellement avoir pour résultat d'enlever à notre commerce la protection dont on l'entourait si justement.

Le législateur pouvait-il d'ailleurs reconnaître à l'ennemi du neutre un droit qu'il refuse au neutre lui-même. Ainsi l'article 5 de l'édit de février 1650 défend à *tous gouverneurs de villes, places et châteaux de souffrir dans leurs ports et rades, plus de vingt-quatre heures, aucuns capitaines de vaisseau ayant commission étrangère qui aient fait des prises, si ce n'est qu'ils aient relâché et soient contraints d'y demeurer par mauvais temps ; et encore à la charge de n'y vendre ou laisser aucune marchandise par eux prise, en quelque sorte et manière que ce soit..... Enjoint toute-*

*fois auxdits gouverneurs de permettre auxdits capitaines ayant commission étrangères de mener lesdites prises ailleurs où bon leur semblera, excepté les choses et marchandises qui se trouveront en leurs vaisseaux appartenir à nos sujets, lesquelles nous entendons leur être rendues, étant par eux réclamées et qui auront été vérifiées leur appartenir.* Ces dispositions sont textuellement reproduites par les articles 44 et 45 du titre IX, livre III de l'ordonnance de 1681.

Ainsi, sous quelque pavillon que la marchandise française ait été prise, son introduction en France par le capteur ou son acheteur direct ouvre le droit de la revendiquer en faveur de l'ancien propriétaire, et sans qu'il soit tenu envers ce dernier au remboursement du prix qu'il a payé. La distinction qu'on établissait n'ayant aucun fondement légal devait être repoussée et le fut en effet dans l'hypothèse suivante.

25. — En octobre 1807, le navire français le *Carlo-Felice*, naviguant sous pavillon sarde par suite d'une autorisation spéciale, est capturé par une frégate algérienne. Conduit à Alger, le navire et sa cargaison, consistant en 3,000 quintaux soude, sont déclarés de bonne prise, comme propriétés sardes, par suite de l'état d'hostilité entre la Sardaigne et la régence.

Ces soudes vendues à l'encan sont adjudgées au sieur Backri, au prix de 12,000 fr.

4,200 quintaux de ces soudes sont par celui-ci expédiées à Marseille à bord du navire *Massaouda*, à la con-

signation des sieurs Majastre et Cie. A leur arrivée, ils sont revendiqués par la maison Roux et Cie.

A l'appui de leur demande Roux et Cie prouvent que le *Carlo-Felice* avait été francisé ; que pour le soustraire aux croiseurs anglais, le ministre de la marine avait permis de le faire naviguer sous pavillon étranger neutre ; qu'ils l'avaient frété et employé sous pavillon sarde à deux voyages en Sicile , que lors du dernier voyage il s'était rendu à Cagliari pour prendre des expéditions sardes, et ensuite à Trapani pour effectuer son chargement de soude qu'il devait transporter à Marseille où sa capture l'avait empêché de parvenir.

Ces allégations trouvaient leur confirmation dans une pièce versée au procès par Backri lui-même. Celui-ci, en effet, en expédiant les soudes à Marseille, avait cru devoir en faire constater l'origine. Il avait donc sollicité et obtenu du consul français à Alger un certificat donnant l'historique de la navigation du *Carlo-Felice* de Marseille à Cagliari et à Trapani, où s'était opéré le chargement.

Ce certificat atteste ensuite qu'après son départ de Trapani, le *Carlo-Felice* fut rencontré le 15 octobre par une frégate algérienne qui le héla et l'aborda vers la nuit ; qu'ayant envoyé sa chaloupe à bord de cette frégate qu'il crut anglaise, son capitaine de pavillon sarde se fit connaître pour tel en représentant au Rays le passeport de son prince ;

« Que le bâtiment fut amariné malgré que le capitaine Audibert représentât ensuite les passeports français, qui ont été niés par le Rays ; qu'arrivée à Alger, sa cargaison

fut vendue à l'encan par la régence et adjudgée audit sieur Backri, comme propriété ennemie ;

« Que le capitaine Audibert, qui fut fait esclave, puis délivré, avait déclaré que les soudes avaient été chargées de Sicile pour le compte de MM. François Roux et Cie, de Marseille, ainsi qu'eux-mêmes nous l'ont mandé. »

Ainsi, bien avant leur demande en revendication, Roux et Cie avaient manifesté leur droit à la propriété des soudes, et Backri ne l'avait pas ignoré. Aussi le tribunal de commerce de Marseille et la Cour d'Aix déclarèrent que des termes mêmes du certificat résulte la preuve que les soudes ont été prises et déprédées sur des Français, et consacrent la revendication par application de la déclaration de 1638.

Backri, s'étant pourvu en cassation, soutient que la marchandise ayant été déclarée de bonne prise parce que, d'origine sarde, nul ne pouvait prétendre lui assigner un autre origine.

Mais, répondait M. le procureur général Merlin, en admettant qu'il en fût ainsi en règle ordinaire, il doit en être autrement lorsque la marchandise capturée sur un Français est amenée, soit par le capteur, soit par son ayant droit, dans un port de France ; et ce qui le prouve, c'est que la déclaration de 1638 veut expressément qu'en ce cas le Français soit admis par les juges de sa nation à *justifier ladite marchandise lui appartenir* ; c'est qu'elle veut qu'il soit admis à cette preuve, même lorsque sa marchandise a été vendue en pays étranger, et par une conséquence nécessaire, lorsqu'il a été rendu en pays étranger un jugement qui l'a déclarée de bonne prise ;

c'est qu'en disposant ainsi elle ne distingue pas si le capteur est ennemi ou neutre ; c'est qu'en admettant le Français à *justifier* que la marchandise capturée par un neutre, et jugée de bonne prise en pays étranger, lui appartenait avant la capture, elle suppose évidemment que cette marchandise n'a été jugée de bonne prise en pays étranger que sur le fondement qu'elle n'appartenait pas à un Français, et qu'elle était propriété ennemie ; c'est, en un mot, qu'elle établit, pour le cas où une marchandise capturée par un neutre sur un Français est amenée en France, une exception à la règle générale sur l'effet des jugements rendus dans les pays étrangers en matière de prises ; c'est qu'elle forme, pour ce cas, une loi spéciale, et que, suivant la loi 80, Dig. *De regulis juris*, la loi générale doit toujours fléchir devant la loi spéciale qui la contrarie.<sup>1</sup>

Merlin concluait donc au rejet du pourvoi, et c'est ce rejet que la Cour suprême consacre par arrêt du 19 octobre 1809.

« Attendu 1<sup>o</sup> que de la déclaration des 22 septembre 1638 et autres lois postérieures, il résulte clairement que ses dispositions comprennent généralement toutes marchandises prises en mer et déprédées sur des sujets français introduites en France, soit qu'elles aient été capturées par des neutres ou par des ennemis de l'Etat, soit qu'elles l'aient été sur des sujets d'une puissance en guerre avec le capteur, sous le nom desquels elles étaient simulées, ou directement, nommément et à découvert sur

<sup>1</sup> *Quest.*, V. *Pris. marit.*, § 4.



un sujet français ; que par suite, loin d'avoir violé cette déclaration, l'arrêt attaqué en a fait une juste application à l'espèce ;

« Attendu 2<sup>o</sup> qu'aux termes de cette même déclaration les tribunaux français sont spécialement investis du pouvoir de faire toutes les vérifications nécessaires pour en atteindre l'objet et en faire l'application ; que par conséquent l'arrêt attaqué ne présente non plus aucun excès de pouvoir. »

Ainsi, de quelque manière qu'elle ait été prise, par l'ennemi ou par un neutre, la marchandise déprédée sur des Français ne peut être importée et vendue en France. Si elle y arrive par le fait du capteur ou de son acheteur direct, son ancien propriétaire est en droit d'en exiger la restitution, à la condition d'établir sa propriété. La déclaration de validité de la prise ne saurait créer contre lui une fin de non-recevoir quelconque.

Qu'on ne dise pas qu'en le consacrant la jurisprudence a méconnu ou violé le droit international. La déclaration de 1638 n'a pas entendu porter atteinte au jugement qui valide la prise ; ce jugement profite au capteur ou à ses ayants droit, mais il ne saurait avoir pour effet d'autoriser l'introduction dans un autre pays d'objets que, par des motifs d'intérêt public, la législation de ce dernier défend d'y importer.

En réalité, la déclaration de 1638 ne fait que sanctionner cette prohibition pour les choses prises en mer et déprédées sur des Français, et son observation, obligatoire pour nos nationaux, ne l'est pas moins pour les étrangers qui, demandant la protection de nos lois, doivent en res-

pecter toutes les prescriptions. On ne saurait surtout les autoriser à consommer un acte considéré et puni comme un délit.

26. — Ils doivent donc subir la revendication à laquelle d'ailleurs ils se sont volontairement exposés. Que ne disposaient-ils ailleurs des effets que la validité de la prise avait légalement placés en leurs mains. Le but de spéculation qui les amenait en France ne pouvait préoccuper notre législateur ni le déterminer à lui sacrifier l'intérêt du commerce national, le droit des gens lui-même n'a jamais pu exiger ni autoriser ce sacrifice.

D'ailleurs, en ne soumettant aux effets de la revendication que le capteur ou son acheteur direct, la déclaration de 1638 a accordé au commerce étranger toute la protection qu'il pouvait raisonnablement exiger.

27. — L'article 1601 du Code Napoléon exige pour la validité de la vente que la chose qui en fait la matière existe au moment du contrat. En conséquence, la convention est annulée si, avant, la chose a péri en tout ou en partie. L'ignorance et la bonne foi des parties ne créeraient aucun obstacle à ce résultat.

Devait-on, pouvait-on appliquer cette règle aux transactions commerciales? La discussion de l'article 1601, au conseil d'État, ne laisse aucun doute sur l'intention du législateur. L'affirmative eût trop ouvertement méconnu les usages et les besoins du commerce.

Ainsi, disait M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely, lorsqu'on achète un vaisseau actuellement en mer, la

vente est valable quoique le bâtiment eût péri au moment où elle a été consommée.

Cela admis, M. Béranger proposait d'inscrire l'exception dans l'article 1601. M. Tronchet répondit que c'était inutile. Il a été convenu, disait-il, que les dispositions du Code civil ne s'appliquaient point aux affaires de commerce, à quoi bon dès-lors l'exception proposée?

La discussion se termine sur cette observation de MM. Regnault et Begouen; il est convenu que l'article 1601 ne s'applique pas au commerce. Il n'y a donc point de difficultés à l'adopter.<sup>1</sup>

28. — Suit-il de cette discussion que la vente commerciale est d'une manière générale, absolue et dans tous les cas en dehors de la règle de l'article 1601? Mais, comme l'observait avec raison M. Portalis, dans le commerce il faut une matière au contrat de vente, et comment l'admettre en l'absence de cette condition essentielle.

Il est impossible que cette observation ait été méconnue par le législateur, et son incontestable justesse explique pourquoi on n'a pas inscrit dans l'article 1601 son inapplicabilité à la matière commerciale. Il ne pouvait en résulter que des difficultés et des chicanes qu'il était essentiel de prévenir.

Dans le commerce, d'ailleurs, on vend le plus communément une quantité d'une telle chose, cent hectolitres de blé, cinquante pièces de vin, etc..... Peu importe que le vendeur n'ait pas la chose vendue en sa posses-

<sup>1</sup> Loqué, t. 14, p. 53 et 54.

sion, la chose n'en existe pas moins dans le commerce et il pourra toujours se la procurer. Vainement prétendrait-il qu'il n'a vendu et voulu vendre que ce qu'il croyait posséder réellement et qu'il ignorait avoir péri. Le défaut de détermination de la chose ne permettrait pas d'accueillir sa prétention, et la vente ayant une matière réelle et certaine devrait sortir à effet.

Supposez, au contraire, qu'il ait été vendu un objet spécifié et déterminé, la marchandise existant dans un tel magasin, ou à bord de tel navire. Il est évident que si, au moment du contrat, la chose avait péri, que si toute délivrance était impossible, il n'y aurait pas eu de vente, et la résiliation pure et simple du contrat ne saurait être ici ni contestée, ni refusée, à moins que le danger réciproquement connu et apprécié, ses conséquences aient fait la matière du contrat.

C'est à ce point de vue qu'on doit considérer la vente d'un navire en cours de navigation. Dire avec M. Regnault qu'elle est valable dans tous les cas et malgré que le navire eût péri avant le contrat, ce serait méconnaître les principes, tout comme de déduire fatalement de cette perte la nullité absolue de la vente. La seule règle en cette matière, est, pour les magistrats, l'intention réelle des parties.

Il peut se faire, en effet, que la probabilité, que l'imminence de la perte soit entrée pour beaucoup dans la détermination des conditions et du prix de la vente. Le vendeur aura voulu précisément s'exonérer de la perte; l'acheteur s'en charger dans l'espoir qu'elle n'est pas réalisée, qu'elle ne se réalisera pas.

En un mot, l'opération ne sera qu'une spéculation dans laquelle l'un s'imposera une perte pour en éviter une plus considérable; l'autre acceptera la chance de perdre ce qu'il donne en vue du bénéfice que la conservation et l'heureux retour du navire doit lui assurer.

Dans ce cas, la matière réelle de la vente est moins la valeur vraie du navire que la chance qu'il a de succomber ou d'échapper au danger qui le menace. On ne saurait donc annuler la vente sans en méconnaître le caractère. C'est un forfait qui a été réciproquement convenu et accepté. Chacune des parties doit dès-lors subir les conséquences dont elle s'est volontairement chargée.

« Chaque fois, dit M. Pardessus, que l'acheteur prend sur lui les risques qui peuvent faire que, par suite d'événements indépendants du fait du vendeur, la chose ne lui soit pas livrée, ou ne le soit pas avec la qualité convenue, il y a vente à forfait, valable quoique la chose eût péri, ou n'existât plus au moment du contrat. Ainsi, on peut vendre un navire en déclarant que si, au moment où l'on contracte, il se trouve que le navire a été détruit ou pris par l'ennemi ou par les pirates, l'acheteur n'en payera pas moins le prix convenu, pourvu que l'événement fût ignoré du vendeur, ou qu'on ne puisse le lui imputer.<sup>1</sup>

Mais on ne saurait évidemment le décider ainsi si la vente a été pure et simple, si elle a été contractée en vue de la possession du navire que l'un a entendu livrer et l'autre recevoir. L'absence de tout aléa dans la pensée

commune des parties placerait la vente sous l'empire de la règle ordinaire sur les conditions de sa validité ; elle serait donc nulle si, le navire ayant péri avant le contrat, elle manquait de la chose qui en faisait la matière.

L'article 1604 du Code Napoléon n'est donc ni absolument applicable, ni absolument inapplicable à la vente commerciale, tout dépend de la nature de la vente, des termes du contrat, de l'intention des parties. Nous croyons que c'est là le motif qui a empêché d'inscrire dans l'article l'exception sollicitée en faveur du commerce. Juste dans un cas, cette exception eût, dans l'autre, favorisé la déloyauté et la mauvaise foi, puisque la perte se réalisant, l'acheteur qui, dans l'hypothèse contraire, n'aurait pas manqué de s'appliquer le profit, serait autorisé à s'exonérer de la chance sans laquelle le contrat n'eût jamais existé. Il était donc rationnel, équitable et juste de s'en référer à l'appréciation du juge, de lui laisser toute latitude, et c'est ce qui résulte du silence gardé par l'article 1604.

29. — Cette appréciation n'offre aucune difficulté lorsque les termes de la convention sont explicites et formels, qu'il y est dit que l'acheteur, instruit du danger que court la chose vendue, traite à forfait et prend à sa charge les risques et la perte.

Mais ces stipulations peuvent avoir été omises, quoique l'intention commune ait été de traiter à ces conditions, c'est alors cette intention qu'il faut rechercher et établir. On comprend dès-lors l'impossibilité de tracer

une règle précise et uniforme ; dans une recherche de ce genre, le juge est un juré n'ayant d'autre guide, d'autres éléments de conviction que les inspirations de sa conscience.

Il est cependant certaines circonstances de nature à influencer sur la décision. Ainsi la certitude du danger auquel la chose est actuellement exposée ; la connaissance qu'en ont l'une et l'autre partie rendraient l'achat à tous risques présumable. Il est peu probable, en effet, que celui qui traite en vue de la chose qui lui est plus ou moins indispensable, en achète une qu'il sait fort bien qu'on ne pourra pas lui livrer peut-être ; que le vendeur lui-même en reçoive le prix aujourd'hui que sous la condition de le restituer demain.

La position actuelle du navire vendu et acheté est donc une circonstance grave et qui doit être mûrement examinée. Mais pour qu'il soit reconnu en danger, il ne suffit pas d'une probabilité ordinaire, ainsi un navire en cours de voyage est toujours plus ou moins exposé, mais on ne saurait concevoir des inquiétudes et des craintes sérieuses que si le délai probable du voyage était expiré sans qu'il fût arrivé à sa destination ; que si des nouvelles certaines annonçaient des mauvais temps et des tempêtes dans les parages qu'il avait à traverser.

La connaissance de cet état des choses, que l'acheteur aurait eue ou qu'on lui aurait donnée, créerait un préjugé sur le caractère de la vente, préjugé qui trouverait une haute confirmation dans la vétété du prix convenu. Le désir, le besoin de vendre explique sans doute le sacrifice que s'impose souvent le vendeur, mais en tant qu'il n'at-

teint qu'à de certaines limites. Si ces limites sont évidemment dépassées, si le prix est en dehors de toute proportion avec la valeur vraie de la chose, le sacrifice n'a plus sa raison d'être dans la volonté, ni même dans la nécessité de vendre ; ce qui est raisonnable, c'est qu'on a fait la part du danger auquel on savait la chose exposée, et qui lui faisait perdre une grande partie de sa valeur, *minutum pretium rei sitæ in loco periculis obnoxio* ; et comme la chance de perte se rachète à prix d'argent, *periculum pecunia ætimatur*, la disproportion entre le prix et la valeur peut être considérée comme le rachat de cette chance acceptée en vue du bénéfice qui devait résulter de la chance contraire.

La coïncidence de la connaissance du danger et de la vileté du prix serait décisive et suppléerait au silence du contrat. Elle fait de la vente une spéculation dans laquelle l'un accepte une perte partielle pour en éviter une totale ; l'autre sacrifie une somme déterminée dans l'espérance d'en gagner une plus considérable. La parfaite légalité de l'acte en assure les effets envers et contre toutes les parties.

30. — Qu'on nous permette, comme résumé de nos observations sur ce point, d'emprunter à MM. Delamarre et Lepoitvin quelques lignes qui ont le mérite de placer l'exemple à côté de la théorie.

« Tranchons le différend par moitié, me dit Jacques, vous me donniez hier 24,000 fr. de mon brigantin *le Furet*, que vous vîtes appareiller, j'en demandais 26,000, et, devis en mains, il m'en coûta 30,000 l'an passé, le



voulez-vous pour 25,000 ? Va pour 25,000, repliqué-je, et je compte la somme à Jacques.

« Ce petit navire ne vous suffirait pas, me dit Pierre qui était présent au marché, ce qu'il vous faut, c'est un navire comme mon trois-mâts *le Cher-Aimé*, par malheur il me donne de l'inquiétude ; parti de Bourbon le 1<sup>er</sup> mai dernier, il devrait être arrivé depuis plus d'un mois, et pourtant point de nouvelles. Heureusement on ne parle à la bourse ni de tempêtes ni de naufrages. Vous savez que le navire est bon, bien commandé, il y a 18 mois la construction en a coûté 400,000 fr: et il les vaut bien encore, car vous n'ignorez pas que je l'ai fait doubler en zinc, m'en donnez-vous 40,000 ?

« Vous êtes dans l'erreur, dis-je à Pierre. Il y a eu un coup de vent ; deux navires ont péri corps et biens, quels sont-ils, on l'ignore. Voici une lettre qui m'annonce le sinistre.

« Pierre ayant lu la lettre et fait ses réflexions, nous traitons à 25,000 fr.<sup>1</sup>

MM. Delamarre et Lepoitvin estiment avec raison qu'il n'y a pas à hésiter. L'achat fait de Jacques l'a été en vue de la possession du navire et devrait être suivi de livraison, en conséquence si le navire perdu ou pris au moment du contrat, cette livraison était devenue impossible, le contrat doit être résilié.

Dans l'opération avec Pierre, ce que je me suis proposé, c'est moins la possession matérielle du navire que la chance d'un bénéfice considérable. J'ai joué 25,000 fr.

<sup>1</sup> T. 3, n° 69.

contre 100,000, et la validité incontestable de l'opération, aux yeux de la loi, aux yeux de la morale elle-même, repousse énergiquement la prétention de se refuser à son exécution.

31. — La vente de choses que la loi prohibe de vendre est nulle et de nul effet, celle par exemple des objets pris en mer et déprédés sur des Français. Il est évident que celui qui ignorant leur origine les aurait achetés en France du capteur qui les y aurait introduits, et qui viendrait à la connaître avant d'avoir exécuté le marché, ne pourrait être contraint à s'en livrer, il serait au contraire recevable et fondé à faire résilier la vente. La déclaration de 1638 lui en fait même un devoir.

Ainsi encore de la vente de grains en vert et encore pendant par racine. La violation de la prohibition à ce sujet ne créerait ni obligation ni droit, aucune des parties ne pourrait contraindre l'autre à exécuter le contrat. Les tribunaux devraient en prononcer la résiliation, même d'office.

Le tribunal de commerce et la Cour de Paris n'ont pas hésité à le faire pour une vente en gros à la criée faite en dehors des conditions prescrites par la loi du 28 mai 1858, et le règlement d'administration publique du 12 mars 1859.

On sait que cette loi autorise les ventes en gros à la criée de certaines marchandises sans l'autorisation du tribunal de commerce. Mais le règlement pris en exécution de la loi exige entre autres que, deux jours au moins avant la vente, le public soit admis à examiner et à véri-

fier les marchandises, et que toute facilité lui soit donnée à cet égard.

Un sieur Durand, qui avait traité avec les bouchers de Paris des peaux de bœuf à abattre, vendait à la criée, le dernier jour de chaque mois, les peaux qu'il devait recevoir dans le courant du mois suivant.

Des difficultés s'étant élevées sur l'exécution de l'une de ces ventes, on recourut à la justice pour les résoudre.

Mais le tribunal de commerce ne crut pas devoir les examiner, et, suppléant au silence des parties, il annule d'office la vente qui, faite contrairement aux prescriptions légales, ne pouvait devenir la matière d'une action en justice. Sur l'appel, le jugement était confirmé par arrêt du 10 août 1861.<sup>1</sup>

La Cour considère que le règlement général d'administration publique du 12 mars 1859, complément de la loi du 28 mai 1858, sur les magasins généraux, et la loi du même jour sur les ventes publiques de marchandises en gros, et pris en conséquence de l'article 44 de la première de ces lois, et de l'article 7 de la seconde, dans le but de prévenir des contestations entre les acheteurs et les vendeurs, des méprises et des tromperies sur la nature des marchandises vendues, afin d'assurer une parfaite loyauté dans les ventes et de mettre obstacle à des ventes de pur jeu de marchandises n'existant pas dans les mains du vendeur, a, d'une manière générale, par les articles 20, 21 et 23, ordonné l'exposition publique préalable, après annonces, des marchandises mises aux en-

<sup>1</sup> *Cazette des Tribunaux*, du 14 août 1861, n° 10728.

chères ; que les dispositions absolues desdits articles d'ordre public ne peuvent être méconnues sans entraîner la nullité des ventes opérées sans les garanties imposées par la législation ; que le tribunal de commerce a justement d'office refusé d'admettre les conclusions prises par les parties sur une vente entachée de nullité pour infraction à un règlement d'ordre public.

32. — Donc la vente d'un objet que la loi prohibe de vendre, ou exécutée en dehors du mode qu'elle détermine, est nulle et ne peut donner naissance à une action en justice. Les tribunaux doivent d'office prononcer cette nullité, si les parties omettaient de l'invoquer.

Mais l'indisponibilité de la chose, ou la forme dans laquelle elle doit être vendue, ne peut résulter que d'une disposition expresse et formelle. On ne saurait dès-lors supposer qu'il puisse s'élever un doute sérieux sur l'une ou sur l'autre.

Aussi, l'unique difficulté dont se soit préoccupée la doctrine est celle de savoir ce qu'il doit en être d'une vente comprenant cumulativement des choses vendables et d'autres qui ne le sont pas, soit par suite de la prohibition de la loi, soit parce qu'elles auraient péri avant le contrat.

La solution tient à la nature des stipulations. Si les choses ont été vendues distinctement chacune pour un prix déterminé, il y a, quoique dans un seul et même acte, autant de contrats qu'il y a d'objets différents : *Tot*

*sunt stipulationes quot res, quot species, quot summae.*<sup>1</sup>

On doit donc respecter et maintenir la vente pour tous les objets qui ont pu légalement en faire la matière; annuler et résilier les conventions non susceptibles de recevoir leur exécution.

Si la vente a été faite en bloc et pour un seul prix, elle est nulle pour le tout, et c'est encore ce que décidait la raison écrite : *Si duos quis servos emit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat venditio.*<sup>2</sup>

Cette disposition a son fondement dans cette circonstance que dès qu'il faudrait recourir à une ventilation dont le mérite serait contesté, il n'y aurait plus concours des volontés sur le prix. La vente manquerait donc d'une de ses conditions essentielles. Elle serait nulle.

On ne pourrait la maintenir que si l'acheteur, ne recevant que les objets encore existants ou légalement vendus, consentait à payer la totalité du prix stipulé pour l'ensemble. Où serait l'intérêt du vendeur à décliner cet offre et comment lui en concéder le droit? Sa prétention serait donc repoussée. Contraire à la raison, elle tomberait sous l'empire de la règle édictée par le numéro 3 de l'article 1482 du Code Napoléon.

33. — A cette exception à la nullité de la vente en faveur de l'acheteur, s'en réunit une seconde dans l'in-

<sup>1</sup> L. 29, Dig. de Verb. oblig.

<sup>2</sup> L. 44, Dig. de Contrah. empt.

térêt du vendeur. Il peut demander et obtenir l'exécution du contrat si la chose qu'il ne peut livrer n'est qu'un pur accessoire de celle qui a fait l'objet principal de la vente.

Mais sa prétention ne saurait être accueillie qu'aux conditions suivantes :

1° Que l'accessoire soit de telle nature que son défaut n'eût pas empêché la conclusion du marché. Cette appréciation du caractère du contrat est du domaine souverain du juge, elle obéit à la règle de l'article 1156 du Code Napoléon.

Cette condition ne peut se rencontrer dans la vente d'un assortiment, d'une collection. Il n'y a plus alors à vrai dire, ni principal, ni accessoire. Ce qui a fait la matière de la vente, ce qui en a déterminé le prix, ce sont les diverses parties constituant l'un et l'autre et se donnant réciproquement de la valeur. C'est donc leur ensemble qui a été réellement acheté, qui doit être livré, à peine de voir résilier le contrat ;

2° Que le vendeur ait agi de bonne foi et dans l'ignorance de la perte de la chose. Vendre ce qu'on sait ne plus exister, c'est commettre un dol dont les effets ne peuvent être subordonnés au plus ou moins d'importance de la chose. Dans quelques proportions qu'il ait été commis, le dol est insusceptible de créer un droit et une obligation.

La réunion de ces conditions pourra faire maintenir la vente, mais le prix stipulé doit subir une réduction proportionnelle. Quelle que soit la bonne foi du vendeur, l'acheteur ne peut payer ce qu'il ne reçoit pas. On a bien

pu exceptionnellement maintenir la vente parce qu'on suppose qu'elle n'en aurait pas moins eu lieu, mais il eût été souverainement injuste de méconnaître le droit de l'acheteur. Il y a donc lieu à réduction qui, à défaut d'entente, est déterminée par le juge.

34. — Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la vente, que la chose qui en fait la matière existe actuellement, il suffit qu'elle doive exister plus tard. La vente porte alors sur une chose future qui a pu dans tous les temps en devenir l'objet. Son sort est subordonné à l'événement; valable si l'espérance conçue se réalise, elle est nulle dans le cas contraire.

Le caractère de la vente de la chose future diffère suivant la nature de la chose sur laquelle elle porte. Elle est pure et simple si elle a pour objet les produits à fabriquer pendant une période déterminée; conditionnelle, si cet objet est la récolte en grains, vins ou huiles à recueillir de propriétés désignées.

35. — Différentes dans leur nature, ces deux hypothèses aboutissent dans l'exécution à des résultats bien différents. Le défaut absolu de tous produits, dans la première, entraînera bien la résiliation de la vente, mais comme ce défaut est imputable au vendeur, comme il le constitue en faute pour s'être volontairement abstenu de fabriquer, la rupture du contrat entraînerait contre lui une adjudication de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'en éprouverait l'acheteur.

La responsabilité du vendeur engagée dans le cas

d'abstention complète, ne le serait pas moins dans celui d'une insuffisance volontaire de l'exploitation. Celui qui vend ce qu'il fabriquera pendant un temps convenu, s'engage par cela même à fabriquer dans toute la proportion que comportent la nature de son établissement et les moyens dont il dispose. On ne saurait lui reconnaître le droit de fabriquer plus ou moins suivant qu'il aura intérêt à livrer plus ou moins. En conséquence si, agissant dans cet intérêt, il a négligé de se procurer la matière première, ralenti les mouvements de son usine, congédié une partie de ses ouvriers sans les remplacer, l'acheteur sera recevable et fondé, en recevant les produits qui lui seront offerts, à demander d'être indemnisé du défaut de livraison de ceux qu'il devait naturellement se promettre, qu'une exécution loyale du traité lui aurait procurés.

Si aucun de ces reproches ne peut être adressé au vendeur, l'acheteur ne saurait exiger au-delà de ce qui lui est offert, mais il est tenu de s'en livrer en totalité. Sa prétention de ne recevoir qu'en quantité moindre ne serait ni juste ni fondée. Le prix se calcule sur cette quantité totale et dans la proportion convenue au contrat.

36. — La vente d'une récolte future, si elle est faite au poids ou à la mesure, est purement résolue dans le cas d'un manque complet de récolte. L'intempérie déterminant ce résultat est une force majeure dont aucune des parties ne peut et ne doit répondre. On ne saurait donc la soumettre à des dommages-intérêts.

La vente tient et produit tout son effet s'il est récolté



quelque chose. Quelque minime que soit la quantité, le vendeur a le droit d'exiger la réception, et l'acheteur celui de contraindre la livraison, comme il est obligé d'en payer le prix proportionnellement à ce qu'il reçoit.

37. — La vente de récoltes est donc subordonnée à la condition qu'il sera récolté quelque chose. Elle peut de plus être aléatoire si les parties, appréciant le rendement probable, ont traité d'une quantité déterminée pour un prix convenu ; un achat dans ces conditions est un véritable forfait, ses conséquences sont dès-lors de mettre à la charge de celui qui le contracte les événements qui pourront survenir dans l'intervalle du contrat à la récolte.

Dans ce cas, comme dans le précédent, le défaut absolu de production annulerait la vente. Si je vous ai vendu le produit de ma vigne, il est évident que si elle ne produit rien, la vente n'a pas de matière et ne peut par conséquent sortir à effet. Comme le dit Pothier, une vente de ce genre est valable quoique la chose n'existe pas encore, mais elle dépend de sa future existence. Si la chose vient à ne pas exister, si on ne recueille pas de vin, il n'y aura pas de vente.

Cette doctrine est avouée par la raison. Ce que les parties ont en vue, c'est évidemment une récolte quelconque qu'elles pouvaient et devaient naturellement espérer, qu'elles étaient autorisées à prévoir. *Fructus enim futuri*, disait Fabert, *habent fundamentum aliquot in re ipsa, cum ex fundo ipso perciperentur*. En conséquence, si, par un événement extraordinaire et fortuit, cette prévision est trompée, si la propriété, dévastée par

une inondation, par une grêle ou tout autre accident, cette espérance est entièrement perdue, le contrat a en réalité manqué d'objet, et ne saurait sans injustice lier l'acheteur.

Mais ce qui est vrai en cas de perte totale et absolue, serait sans application dans l'hypothèse d'une perte partielle plus ou moins considérable ; accepter la vente d'une récolte à forfait, c'est spéculer sur le bénéfice que pourra présenter une chance favorable, et par conséquent consentir à subir les effets de la chance contraire.

Je vous ai vendu pour 500 fr. le produit de ma vigne. Nos prévisions ont eu pour bases son rendement ordinaire, tel que le faisaient espérer les récoltes précédentes.

Si, par le résultat de saisons favorables, la récolte vendue est double ou triple des récoltes ordinaires, tout vous appartient, et je ne serai ni recevable ni fondé à exiger une augmentation de prix.

Par une juste réciprocité, je ne devrai subir aucune réduction, si le produit est inférieur. Ce qui est dû, c'est le prix total porté au contrat.

On a prétendu contester la validité de la vente par application de l'article 1587 du Code Napoléon. Mais cette prétention a été repoussée et devait l'être. La spécialité de l'article 1587 à la vente de denrées susceptibles d'être goûtées et agréées est évidente. Cette disposition ne peut s'entendre que du cas où la denrée étant actuellement offerte, sa qualité a fait réellement la matière du contrat.

Or, celui qui achète une récolte et qui traite à forfait de la quantité ne subordonne pas le sort du contrat à la qualité, il l'accepte telle qu'elle sera, sans qu'il puisse prétendre qu'on lui ait rien garanti à cet égard. On comprend qu'on ait pu faire de la dégustation une clause irritante de la vente, mais il serait absurde de le décider ainsi lorsque de toute certitude la dégustation n'est entrée dans les prévisions d'aucune des parties. Or, dans quelle hypothèse cette certitude serait-elle mieux acquise que dans celle où la chose vendue étant une récolte plus ou moins prochaine, la dégustation était moralement et matériellement impossible au moment de la convention.

C'est donc avec raison que par arrêt du 28 avril 1824 la Cour d'Orléans repoussait l'argument tiré de l'article 1587 du Code Napoléon contre la vente d'une récolte de vin prochaine, et déclarait cette vente parfaite et définitive dès sa conclusion.

38. — L'aléa de la vente peut porter sur ce qui en fait la substance, par exemple, lorsque les parties traitent d'une chose qui a autant de raison d'être ou de n'être pas, *habens se indifferenter ad esse et ad non esse*.

Ce qui caractérise cette vente, c'est qu'elle n'a pour objet qu'une chose dont l'existence est purement problématique et l'espérance plus ou moins fondée qu'elle se réalisera. Comme exemple, on peut citer la vente et l'achat d'un coup de filet, des prises que mon corsaire réalisera dans telle période de temps.

On comprend la différence notable qui distingue cette hypothèse de celle où l'on traite des résultats d'une fabri

cation, du produit d'une récolte, du croît d'un troupeau. Dans celle-ci, il y a, comme le disait Faber, certitude d'un produit quelconque par la nature des choses, et, en traitant de ce produit, on n'a pu entrevoir et accepter que la chance du plus ou du moins.

Dans l'hypothèse que nous supposons, au contraire, on n'a traité que sur l'existence plus ou moins probable d'un produit; que sur l'espérance plus ou moins fondée de la réussite. L'opération est moins une vente qu'un pari, dont l'incontestable légalité recommande l'exécution *quidquid evenerit*. En conséquence, le prix convenu est acquis au vendeur, alors même que le coup de filet n'aurait amené que de la boue et des pierres, ou que le corsaire n'aurait fait aucune prise pendant le temps déterminé; l'unique obligation qu'il a contractée est de jeter le filet, de mettre le corsaire en mer s'il ne l'a déjà fait. Cette obligation remplie, le bénéfice du marché est irrévocablement acquis en sa faveur comme contre lui.

Il en serait autrement si, au lieu de vendre le coup de filet ou la prise à faire, on vendait le poisson que ce coup amènera, ou la prise faite à une époque déterminée; l'aléa du contrat ne porte plus alors sur la chose vendue, mais sur sa quantité ou son importance. C'est le poisson plus ou moins, c'est la prise plus ou moins riche qui a fait la matière du contrat. En conséquence, s'il n'y a ni poisson ni prise, la vente devient caduque, pour défaut de chose en faisant la matière.

Ces diverses nuances sont importantes à saisir. C'est en les observant qu'on résoudra les difficultés que l'existence légale de la vente pourra faire surgir.

39. — La chose vendue doit être clairement indiquée. Sa détermination résultera des caractères d'individualité, la distinguant non-seulement des choses d'une nature différente, mais encore de celles d'une espèce identique, par exemple, la vente d'un tel cheval, des sucres ou cafés renfermés dans tel magasin ou déposés à bord d'un tel navire ; soit de l'indication de son espèce et de la quantité à prendre dans des choses de la même espèce, exemple : un cheval de tel haras ; 4,000 kilogrammes de café ou de sucre ; 50 balles de coton ou de laine de telle provenance.

Ainsi, ce qui individualise les marchandises, c'est non-seulement leur espèce, mais encore leur quantité, mais surtout leur qualité, celle-ci en effet, servant à en déterminer le prix, en constitue la valeur.

Cependant l'article 1129 du Code Napoléon semble ne considérer comme essentielle que l'indication de l'espèce. Mais vendre en commerce du sucre, du café, des cotons ou des laines, c'est en réalité ne rien vendre. Comment, en effet, établir la quantité et prouver qu'il y a eu à ce sujet le concours des volontés, sans lequel la vente ne saurait exister.

Il faut donc, outre la détermination de l'espèce, celle de la quantité. Il n'y a d'exception pour celle-ci que dans la vente en bloc d'une marchandise qui est suffisamment désignée par l'indication du lieu où elle se trouve déposée, les sucres qui se trouvent dans tel magasin ou à bord de tel navire, les huiles de la pile n° 1 de tel domaine. Toutefois, le silence que le traité garderait sur la quantité n'annulerait pas la vente, si la correspondance ne laissait aucun doute à cet égard.

40. — Devrait-on annuler la vente pour omission de désignation de la qualité ?

La Cour de Metz se prononçait pour l'affirmative le 41 décembre 1812. Elle annule une vente de fer battu, attendu qu'il est notoire qu'il existe trois espèces de fer battu, savoir : le fer tendre, le fer métis, le fer fort, lesquels ont une valeur bien différente ; attendu que la vente du 24 août ne détermine pas quelle sera l'espèce de fer qui sera fournie, que conséquemment elle est nulle.

41. — Mais cet arrêt ne confond-il pas la qualité avec l'espèce. Que le fer battu soit tendre, métis ou fort, il n'est jamais que du fer battu. Seulement il vaudra plus ou moins, suivant qu'il sera l'un ou l'autre.

C'est là l'histoire de toutes les marchandises. Chacune d'elles offre une qualité supérieure, une qualité moyenne, une qualité inférieure. Ces deux dernières présenteront entre elles une différence de valeur, et n'atteindront jamais le prix de la première. Ce que les parties avaient omis était donc l'indication de la qualité et non de l'espèce.

Dans ces termes pouvait-on annuler le vente ? Nous ne saurions l'admettre. Un pareil rigorisme est peu compatible avec les usages et les besoins de commerce, il donnerait lieu à trop de chicanes, à trop de fraudes.

La Cour de Metz s'étaye de l'article 1602 du Code Napoléon. Mais, dans le commerce, les choses ne se passent pas comme dans les ventes ordinaires. Les marchandises ont un prix courant qui est officiellement coté à la bourse, que chaque commerçant connaît et doit connaître ; le ven-

deur qui livre, l'acheteur qui accepte au prix de 10 fr. n'a pu avoir en vue que la qualité cotée à ce prix et non celle qui valait à la même époque 15 ou 20 fr.

Le vendeur est donc fondé à soutenir qu'il a rempli le devoir que lui impose l'article 1602. Chaque qualité ayant son prix spécial, celle-ci valant 20 fr., celle-là 12 fr., cette troisième 6 ou 8 fr., il est évident que celui qui a offert à l'un de ces prix a déclaré par cela même qu'il n'entendait s'obliger que pour la qualité correspondante.

La nullité de la vente pour défaut de désignation de la qualité n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. On peut même sans témérité en induire le contraire, ainsi l'article 1129 du Code Napoléon n'exige que la désignation de l'espèce. Il permet de plus de laisser la quantité incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Où serait le motif pour qu'il en fût autrement de la qualité? Et puisque son indication doit résulter du prix, son omission ne saurait raisonnablement influencer sur le sort du contrat.

Nous estimons donc que la nullité, que l'article 1602 n'autorise pas, est repoussée par l'article 1129. Sans doute, la prudence conseille aux parties de déterminer cette qualité, mais la loi n'en impose pas le devoir. Son omission pourra bien soulever quelques difficultés, mais si en réalité la marchandise offerte est bien de la qualité cotée au prix stipulé et convenu, l'acheteur sera obligé de la recevoir et de la payer. Il n'en serait dispensé que par la preuve que la marchandise, dans sa qualité, n'est ni marchande, ni de recette.

42. — Une seconde condition, non moins essentielle pour la validité de la vente, est l'existence d'un prix qui doit être sérieux et certain; à défaut, le contrat perdrait son caractère commutatif. Il n'existerait aucune obligation pour l'acheteur.

On exige ordinairement que le prix soit juste, c'est-à-dire dans une proportion équitable avec la valeur de la chose, mais les éléments qui peuvent déterminer ce caractère sont, en commerce, tous autres que dans la vente ordinaire et de droit commun.

Sans doute, le commerçant qui vend une marchandise quelconque doit en recevoir l'équivalent, mais le prix commercial se calcule moins sur la valeur vénale et intrinsèque que sur la valeur marchande, celle-ci varie à l'infini

Elle ne peut résulter que du cours au moment du contrat. Or, ce cours est subordonné aux circonstances politiques ou commerciales; à la rareté ou à l'abondance de la matière ou du numéraire, de l'offre ou de la demande; aux chances plus ou moins probables de hausse ou de baisse; à la nécessité dans laquelle peut se trouver l'un de vendre, l'autre d'acheter.

43. — Quelle que soit donc la valeur réelle des objets qui en font la matière, la vente a un juste prix si elle est faite au cours du jour. Est-ce à dire qu'il doit en être autrement de celle qui aurait été consentie au-dessous de ce cours? Non évidemment.

Le cours, quelque officiel, quelque authentique qu'on le suppose, n'a rien d'obligatoire pour les commerçants.



Un événement arrivé, une nouvelle reçue après la clôture de la bourse dans laquelle il a été constaté, peut gravement le modifier dans un sens ou dans l'autre.

D'ailleurs, le détenteur d'une denrée ou marchandise n'est jamais obligé de la céder à un cours qui n'entre pas dans ses convenances; de son côté, on ne saurait contraindre dans les mêmes circonstances l'acheteur à accepter le marché. Ils sont libres l'un et l'autre de discuter leurs prétentions réciproques, et de n'obéir qu'à leurs intérêts. D'ailleurs, l'un peut être dans la nécessité de vendre, l'autre n'avoir aucun besoin d'acheter, et, s'il le fait, ce ne sera qu'en vue du bénéfice que les conditions de la vente lui promettront.

Ainsi, que le détenteur d'une marchandise la cède au-dessous du cours, soit parce qu'il a à pourvoir à des engagements qu'une mévente le met dans l'impossibilité de remplir, soit parce que l'arrivée prochaine sur le marché de marchandises de même nature lui fait craindre une forte baisse, il n'aura pas reçu l'équivalent réel de ce qu'il donne, mais il n'a consenti à un sacrifice que pour en éviter un autre plus considérable. On ne saurait donc l'autoriser à revenir sur ses engagements, ou le dispenser de l'obligation de les exécuter.

44. — Il y a donc juste prix dans la vente commerciale, toutes les fois que celui qui a été convenu est sérieux et certain. Or, c'est ce qui se réalisera lorsque celui-ci n'est pas en disproportion telle, avec la valeur de la chose, qu'on doive le considérer comme dérisoire, soit en lui-même, par exemple la vente d'un tonneau de

Médoc pour trois francs ; soit par les conditions d'exigibilité, par exemple je vous vends mon navire 80,000 fr., payable la première fois que, pendant le mois d'août, le thermomètre de Réaumur descendra à deux degrés au-dessous de zéro, dans la ville de Montpellier.<sup>1</sup>

Un pareil contrat ne saurait être une vente. Il n'est qu'une libéralité qui pourrait bien valoir entre parties, mais que les créanciers du prétendu vendeur ne sauraient être contraints de subir. Il n'est présumé, en effet, n'avoir été consenti qu'en fraude de leurs droits ; que pour leur arracher le gage qui garantit leur créance. Aussi seront-ils recevables à refuser d'exécuter, si le marché ne l'a pas été encore ; et, dans le cas contraire, à réclamer la restitution de la chose, ou de sa valeur au moment du contrat.

MM. Delamarre et Lepoitvin observent avec raison que la simulation n'empruntera jamais un masque aussi transparent, mais, quelque épais que soit le voile dont elle se couvre, la preuve de son existence en amènerait sûrement la répression. Cette preuve, qui peut résulter de la nature des choses, des circonstances, de la position et de la qualité des parties, des dépositions de témoins ou des présomptions, est, quant à son appréciation, laissée à l'arbitrage souverain des tribunaux.

45. — De tous temps on a exigé que le prix fût stipulé en argent monnayé, *moneta nummis, pecunia*

<sup>1</sup> Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n° 81.

*numerata*, et en espèces ayant cours légal dans le pays, *quia pecunia publicam debet habere auctoritatem*.

Mais on ne pouvait en commerce prendre ces exigences trop à la lettre. Aussi, aucune difficulté ne saurait naître sur la légalité du prix stipulé en billets des banques publiques, en actions des sociétés industrielles, et même en lettres de change ou autres billets négociables.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que le paiement en billets de banque ou actions industrielles serait définitif et libératoire. Celui qui s'opèrerait par la remise de lettres de change ou billets à ordre n'aurait ce caractère que sauf encaissement, à moins que la remise n'en ait été faite et acceptée à forfait et sans garantie.

On considère également comme stipulé en argent le prix convenu en monnaie de compte. MM. Delamarre et Lepoitvin estiment qu'il y a là une contradiction dans les termes. Le propre de la monnaie, en effet, est de payer. Pourquoi donc appeler monnaie ce qui ne sert qu'à compter. Ils reconnaissent cependant que la monnaie de compte est en usage chez tous les peuples commerçants, parce qu'elle offre un moyen simple et très exact de s'entendre sur la valeur et de déterminer un prix en monnaie payante.

Ajoutons qu'il ne pouvait être interdit de faire suivre la vente du contrat de prêt. Le vendeur qui consent, en paiement du prix, à en être crédité par l'acheteur, ne fait que contracter un placement qu'il pourrait faire avec tout autre que l'acheteur, sans toucher à la régularité de la vente. On ne pourrait raisonnablement admettre le con-

traire, lorsqu'il confie ce placement à cet acheteur lui-même.

L'exigence du cours légal peut se comprendre dans la vente civile et ordinaire, mais elle pouvait être un danger pour les transactions commerciales. Le commerce, en effet, est essentiellement cosmopolite. Loin d'écartier les étrangers, il les sollicite et les appelle; on ne pouvait dès-lors leur prohiber, lorsqu'ils achètent ou vendent, de stipuler le prix en monnaie de leur pays. Aussi n'hésite-t-on pas à admettre la validité de cette stipulation, et à tenir comme irréprochable la vente payable en livres sterling, piastres, ducats, etc.

46. — Le prix de la vente peut-il régulièrement être stipulé en denrées ou marchandises? L'affirmative était, en droit romain, soutenue par les Sabinien, mais Justinien avait formellement condamné cette opinion.<sup>1</sup>

S'il faut en croire Duparc-Poullain, la décision de Justinien n'avait pas été admise. Il nous apprend en effet que *chez nous l'achat est un contrat par lequel la chose, MERX, est transférée pour un prix fixé qui consiste en argent, AUT ALIA RE FUNGIBILI.*<sup>2</sup>

Aucun jurisconsulte moderne n'a soutenu cette opinion; seulement, après avoir enseigné que le prix doit être stipulé en argent, Em. Vincens ajoute : On pourrait contester cette décision qui n'a point de fondement dans la nature des choses, ni d'utilité, car l'échange est soumis

<sup>1</sup> *Inst.*, § 2, de *Cont. empt.*, l. 7, C. de *rerum permut.*

<sup>2</sup> *Grand, Cout.*, t. 2, p. 93.

aux mêmes lois que la vente. On ne voit pas ce qui empêcherait d'acheter une chose au prix de services ou de travaux. Il n'y a que la loi fiscale qui ait besoin d'une évaluation en argent dans le cas où la vente est soumise à des droits proportionnels au prix.<sup>1</sup>

Il n'y a rien de commun entre la vente pour un prix déterminé, payable en services ou travaux, et le contrat par lequel on livre une chose contre une autre. Dans le premier cas, il y a en réalité vente, puisque si le mode de paiement adopté reste sans exécution, le vendeur pourra exiger la somme convenue ou faire résilier le contrat.

Dans le second, il n'y a qu'un échange qu'on ne saurait confondre avec la vente, précisément parce que la loi les a distingués. Peu importe que l'article 1707 du Code Napoléon ait appliqué à l'un les principes qui régissent l'autre, c'était là la conséquence des affinités qui existent entre ces deux contrats. Il n'en est pas moins vrai que chacun d'eux a son caractère à part et des règles qui lui sont propres et exclusives.

47. — Nous comprenons qu'en droit commun et pour ce qui concerne les parties, la détermination du véritable caractère de l'acte n'ait qu'une importance et qu'une utilité fort secondaire, surtout lorsqu'il s'agit de meubles, mais il en est autrement pour la vente commerciale et à l'égard des créanciers soit du vendeur, soit de l'acheteur. La distinction est alors dans le cas de produire l'effet le plus considérable.

<sup>1</sup> T. 2, p. 46

Ainsi le vendeur non payé peut, en cas de faillite de l'acheteur, revendiquer la chose vendue si elle est en cours de voyage et non encore arrivée dans les magasins de celui-ci ou dans ceux de son commissionnaire.

L'échangiste n'a qu'un droit, celui de ne se dessaisir de sa chose qu'en recevant celle qui lui est promise. S'il néglige de l'exercer, s'il expédie avant, il suit aveuglement la foi de celui avec qui il contracte à l'instar de tous les autres créanciers. La faillite survenant, il n'est ni recevable, ni fondé à revendiquer sa chose, fût-elle encore en cours de voyage, ni à réclamer la délivrance effective et en nature de ce qu'il devait recevoir en contre-échange. Il est désinvesti de l'une et n'a jamais possédé l'autre. La faillite s'opposant à toute mise en possession ultérieure, il n'est plus que créancier de la valeur, ne pouvant et ne devant recevoir que le dividende que la liquidation de la faillite permettra de distribuer.

Voilà donc une hypothèse où le véritable caractère de l'opération exerce une décisive influence sur le sort des intéressés, il n'est donc pas rationnel de refuser toute utilité à sa détermination. Or, promettre ou donner une chose, à la condition d'en recevoir une autre, c'est évidemment consentir le contrat que la loi a distingué de la vente et qualifié d'échange.

48. — Il importe toutefois, dans l'appréciation de son caractère, de ne pas oublier cette règle de droit qui n'a jamais rien perdu de son autorité : *Non pretii numeratio sed conventio perficit emptionem.*<sup>1</sup> Il serait, en

<sup>1</sup> L. 6, § 1, D., de Act. empt.

effet, irrationnel de subordonner le caractère du contrat à l'exécution que les convenances réciproques des parties lui ont donnée.

Peu importe donc qu'il y ait eu paiement du prix en marchandises ou tout autre objet mobilier, il suffit que ce prix ait été stipulé en argent pour que l'opération doive être réputée, et soit en réalité une vente.

49. — Nous avons examiné ailleurs la question de savoir ce qu'il doit en être, lorsque le prix stipulé consiste partie en argent partie en choses fongibles. Nous nous bornons à rappeler la conclusion que nous avons tirée de la doctrine et de la jurisprudence.

Lorsque le prix en argent est supérieur à la valeur de la chose donnée par l'acheteur ; par exemple, un objet de 20,000 fr. donné contre 15,000 fr. espèces, et une chose évaluée 5,000 fr., il y a vente.

Si l'objet livré étant de 20,000 fr., le propriétaire reçoit 10,000 fr. en argent et 10,000 fr. en nature, on se prononcera encore pour la vente, par la raison que *venditio dignior est, quæ in dubio præferenda*.

Si le prix de 20,000 fr. était stipulé 15,000 fr. en nature, 5,000 fr. en argent, il n'y a plus qu'un échange.<sup>1</sup>

L'application de cette doctrine suppose que le contrat a été qualifié de vente ; si les parties avaient déclaré faire un échange et n'avaient considéré le prix en argent que comme la soulte due par l'une d'elles, il serait impossi-

<sup>1</sup> Notre *Traité du Dol et de la Fraude*, t. 2, n° 993.

ble de voir autre chose qu'un échange, quel que fût le chiffre de cette soulte.

50. — Le prix, dont la stipulation est une des conditions essentielles à la validité de la vente, doit être certain : *Nulla emptio sine pretio esse potest, sed certum esse debet pretium.*<sup>1</sup>

La certitude du prix n'exige pas sa détermination précise au moment de la vente. On peut soit la remettre à la décision de tiers, soit la rattacher à un fait devant nécessairement se réaliser dans un temps convenu.

*Pretium*, disait Casaregis, *quando per relationem est certificabile, habetur pro certo, et valet venditio.*

A côté de la règle, Casaregis donnait des exemples de son application, *valet venditio*, disait-il, *quando pretium collatum est ad arbitrium boni viri, aut peritorum; contractus venditionis mercium valet quanti voluerint tali mense; et si fuerit conventum quanti voluerint ex mense martii usque ad mensem augusti, fuisse de visum attendendum valorem mediocrem illius temporis.*

Enfin, ajoute-t-il : *Si itaque valet venditio pro pretio certificabili per relationem, ideo ea valere debet si facta fuit pro pretio quo res aliis empta, vel quanti habeo in tali arca, vel quanti communiter vendatur.*<sup>2</sup>

51. — Ces exemples, puisés dans la pratique com-

<sup>1</sup> *Inst.*, § 1<sup>er</sup>, de *Contrat. empt.*

<sup>2</sup> *Dis.* 34, nos 18, 19, 20, 21 et 56.



merciale, prouvent la manière dont le commerce, s'appropriant le principe du droit commun, l'avait accomodé à ses exigences. Or, celles-ci n'ont été ni changées, ni modifiées par le temps. Dès-lors, ce qui avait été considéré comme leur conséquence au temps de Casaregis a conservé ce caractère et doit atteindre au même résultat.

Ce qui se pratiquait autrefois peut encore se pratiquer légalement aujourd'hui, par conséquent on ne saurait contester la validité de la vente au prix que le vendeur payera lui-même, ou auquel des tiers auront acheté. Sans doute le prix est ignoré au moment du contrat, mais il est certain, car il résultera infailliblement de la justification de l'événement auquel sa détermination est subordonnée. Le vendeur ne saurait exiger plus, et l'acheteur offrir moins que le prix payé par le premier, ou par les tiers traitant de choses de mêmes nature et qualité.

52. — Rien n'est moins rare que la vente au prix que la chose se payera au marché de tel jour, soit du domicile du vendeur, soit de celui de l'acheteur, soit de toute autre localité désignée. La légalité de ces contrats ne saurait être contestée, ils ont un prix sérieux et certain que le cours du marché désigné précisera et déterminera.

Mais il est rare que pendant la durée d'un marché le cours reste invariable, une marchandise ouvrant en hausse peut fermer en baisse, ou réciproquement. L'intérêt de l'acheteur serait d'acheter au plus bas, comme celui du vendeur est de vendre au plus haut; il est évident que l'un de ces intérêts serait sacrifié par l'accueil qu'on ferait de l'autre.

On les concilie dans la pratique en adoptant le prix moyen, qui s'établit et se calcule en tenant compte des prix supérieur et inférieur.

Les parties peuvent convenir du contraire, traiter au prix d'ouverture ou de fermeture du marché, ou de telle heure déterminée. Bien souvent chez nous les propriétaires et cultivateurs vendent leurs raisins ou leurs olives ce qu'ils se payeront au marché d'un tel jour, à deux, trois heures, etc. C'est là un aléa qui n'a rien d'illicite, dès lors les variations que la marchandise aurait subies avant, ou qu'elle subirait après l'heure convenue ne pourraient être prises en considération.

53. — C'est aussi à la moyenne que se régleraient les ventes au prix que se payera la chose du premier marché du mois de mars jusqu'au premier ou dernier de tel autre mois désigné. Ici la relation est plus étendue sans en être moins légale, elle se justifie par les raisons qui ont fait admettre l'hypothèse précédente. Puisqu'on peut prendre pour bases les résultats d'un marché, on ne voit pas ce qui ferait prohiber de s'en référer à ceux de plusieurs.

Mais, dans ce dernier cas, la moyenne que Casaregis qualifie de *valeur médiocre* ne se calcule plus sur les variations se réalisant pendant la durée du marché, c'est sur le prix officiel de la mercuriale de chaque marché qu'on doit procéder, c'est sur leur ensemble que s'établit cette moyenne.

54. — La faculté de déférer à un tiers la détermina-

tion du prix de la vente était devenue pour les juriconsultes romains l'objet d'une controverse que Justinien trancha en l'autorisant formellement. L'école italienne, Casaregis vient de nous l'apprendre, appliquait la règle aux ventes commerciales.

Le Code Napoléon se l'est à son tour appropriée; et, malgré le silence du Code de commerce, malgré la différence de caractère des deux législations, il est admis en doctrine et en jurisprudence que le droit de s'en référer à des arbitrateurs existe en faveur des commerçants.

Mais son application devait être et est, en effet, fort rare. Perdre du temps et de l'argent n'est ni dans l'intérêt, ni dans les usages du commerce; et c'est ce qui résulterait de la nécessité d'une expertise.

D'ailleurs, il est pour les ventes commerciales un régulateur d'autant plus recommandable qu'il est plus impartial, plus à l'abri de toutes manœuvres, de tout dol de la part des intéressés; le cours officiel et public des marchandises.

On comprend dès-lors qu'on préfère s'y référer et lui demander la valeur marchande de la chose achetée et vendue, plutôt que de s'exposer aux erreurs volontaires ou involontaires de tiers, qui en définitive feront du cours légal l'élément et la base de leur appréciation.

55. — Quoi qu'il en soit, les parties libres de suivre leurs convenances, peuvent s'en référer à la décision des tiers, et dans ce cas la légalité du contrat est incontestable. Casaregis faisait résulter la convention du silence

qu'on gardait sur le prix : *Quando est simpliciter venditum, semper intelligitur emptum pro pretio justo, declarando ad arbitrium boni viri.*<sup>1</sup>

Nous ne croyons pas qu'on pût le décider ainsi aujourd'hui. La faculté concédée par l'article 1592 du Code Napoléon n'est qu'une exception à la règle prescrivant la stipulation d'un prix certain. Le bénéfice n'en est donc acquis que lorsque les contractants se le sont expressément réservé. Le silence gardé à ce sujet ferait que la vente serait sans prix, et devrait être annulée.

56. — La disposition de l'article 1592 du Code Napoléon a soulevé quelques difficultés d'application, la première est née sur le nombre des experts. La loi permet-elle d'en élire plusieurs, n'en admet-elle qu'un seul ?

L'ancien orateur du tribunal, M. Grenier, se prononce dans ce dernier sens. Cette opinion simplifiait l'opération et coupait court aux inconvénients qu'entraîne nécessairement une élection multiple. En effet, si les élus désignés au contrat ne s'accordent point, la vente est nulle et résiliée. Or, on sait que l'expert comme l'arbitre ne se considère trop souvent que comme l'homme de celui qui l'a choisi. On devait donc craindre que, obéissant aveuglement aux inspirations de celui-ci, il ne déterminât par un discord une nullité que l'intérêt de son mandant exigeait.

Ne permettre qu'un seul arbitrateur était le plus héroïque remède à ce grave inconvénient. Mais est-ce là ce

<sup>1</sup> *Disc. 54, n° 19.*

que l'article 1592 a prescrit? Il nous paraît impossible de l'admettre.

Sa disposition, il est vrai, ne prévoit dans l'application du principe qu'elle consacre que l'hypothèse d'un arbitrateur unique. Mais a-t-elle par cela même exclu tout autre mode? Mais, toutes les fois qu'il s'agit d'une expertise, chaque partie a incontestablement le droit d'élire celui qu'elle croit digne de sa confiance. L'exercice de ce droit ne reconnaît d'autre obstacle qu'une disposition de loi qui l'aurait expressément prohibé, et cette prohibition n'est ni explicitement, ni implicitement dans l'article 1592. Ce qu'il consacre, c'est la faculté de déférer à autrui la détermination du prix de la vente, et s'il ne règle ses effets que dans un seul cas, c'est qu'il ne pouvait les prévoir tous, et qu'il entendait laisser aux intéressés à agir au mieux de leurs convenances.

57. — On a ensuite agité la question de savoir si le ou les arbitrateurs devaient être désignés dans le contrat à peine de nullité de la vente?

Le droit romain pouvait faire répondre affirmativement, car il avait précisé l'hypothèse qu'il réglait : *Si quis rem ita comparaverit ut res vendita esset QUANTI TITUS ÆSTIMAVÉRIT*<sup>1</sup>, ce qui, en admettant que le tiers était désigné dans le contrat, semblait en imposer l'obligation.

Peut-on induire la même conséquence des termes de l'article 1592? Mais évidemment ces termes n'établissent

<sup>1</sup> Liv. 15, *Cod. de Cont. empt.*

sent aucune relation nécessaire entre l'époque de la désignation et celle du contrat. Peut-on rationnellement admettre qu'en conférant d'une manière générale et absolue la faculté de laisser le prix à l'arbitrage d'un tiers, la loi a interdit aux parties de convenir du principe et d'en remettre l'application à une époque ultérieure ? On doit d'autant moins se prononcer en ce sens, que cette exigence de la loi serait dans bien de cas la condamnation du principe lui-même. Supposez, en effet, une vente par correspondance, comment la partie étrangère à la localité sur laquelle devront être pris les experts pourra-t-elle les désigner au moment où elle accepte à son domicile l'offre ou la demande qui lui est faite.

58. — C'est cependant pour la nullité de la vente, à défaut de désignation dans l'acte, que se prononce M. Delvincourt, et sa doctrine a recueilli l'imposante adhésion de M. Troplong. Plusieurs arrêts, dit l'éminent magistrat, viennent à l'appui de cette opinion qui est rationnelle et juste. En effet, si l'arbitre n'était pas désigné au moment du contrat, il dépendrait d'une partie d'empêcher la fixation du prix et de rendre la vente nulle, ce serait une condition potestative de part et d'autre ; le contrat serait perpétuellement en suspens et manquerait de certitude.<sup>1</sup>

59. — Les arrêts auxquels M. Troplong fait allusion sont : celui de Limoges, du 4 avril 1826 ; celui de Tou-

<sup>1</sup> Sous l'art. 1592, n° 157.

louse, du 5 mars 1827. Sans doute la jurisprudence a une juste, une incontestable autorité, mais rappelons ce que nous avons déjà relevé, les tribunaux ne sont pas souvent appelés à résoudre des questions de pur droit, ils ne peuvent faire abstraction des circonstances de faits particulières à l'espèce qui leur est soumise, et qui sont souvent de nature à entraîner une solution que le droit aurait condamnée ; il faut donc, pour reconnaître la valeur réelle d'un arrêt, s'en référer nécessairement à l'espèce sur laquelle il est intervenu.

Or, devant la Cour de Limoges, le demandeur soutenait bien que le contrat, dont il poursuivait l'exécution, était une vente dont le prix avait été laissé à l'arbitrage de tiers.

Mais le défendeur repoussait ce caractère et alléguait que la prétendue vente, faite d'ailleurs sous pacte de rachat, n'était qu'un contrat pignoratif. Ce n'était que subsidiairement qu'il soutenait que dans tous les cas son refus de désigner les experts rendait la vente sans effets possibles.

Devant le tribunal, le système principal avait été accueilli, et la vente annulée comme contrat pignoratif. C'est ce jugement que la Cour de Limoges confirmait.

Il est vrai que son arrêt n'examine la question qu'au point de vue de l'article 1592, et déduit la nullité de la vente de l'absence de désignation dans le contrat. Mais cet examen avait-il pu faire abstraction du caractère réel de l'acte, et ce caractère pouvait-il rester sans influence sur la solution ?

L'espèce de l'arrêt de Toulouse est plus significative

encore. Roger fils, négociant, avait disparu de son domicile, lorsque Severac, son créancier, se fait remettre par Roger père, jusque-là étranger au commerce de son fils, une certaine quantité de laines, dont il entendait imputer le prix sur sa créance.

Trois jours après, la faillite de Roger fils est judiciairement déclarée. Le syndic revendique contre Severac les laines qu'il s'était fait remettre, celui-ci répond que ces laines lui ont été vendues par Roger fils longtemps avant la faillite; qu'à la vérité le prix n'en avait pas été déterminé à l'instant même de la vente, parce que les parties étaient convenues de le faire ultérieurement, soit par elles-mêmes, soit par des experts. Le tribunal de commerce reconnaît l'existence de la vente et en consacre la validité.

Sur l'appel, la Cour de Toulouse la déclare nulle et de nul effet. Elle dit bien que l'article 4592 exige la désignation des experts dans l'acte même, mais elle considère aussi qu'il est prouvé au procès qu'en enlevant les laines dont s'agit des magasins de Roger fils, dans la vue de se payer de ses propres mains d'une créance qu'il avait sur celui-ci, dont la faillite était imminente, Severac ne convint nullement avec Roger père du prix des laines, dont la quantité et la qualité ne furent pas même déterminées.

Elle ajoute : Considérant que la vente serait encore nulle faute de consentement formel et libre de la part de Roger père, qui, au moment où les laines furent enlevées des magasins de son fils, se trouvait, par suite de la disparition de celui-ci, dans une position embar-



rassante et critique dont tout annonce que Severac a abusé.

La nullité de la vente était la conséquence forcée, dans le premier cas, de la simulation ; de la fraude dans le second ; aurait-elle été consacrée dans l'un et dans l'autre si, la sincérité de la vente admise, il eût été certain que la détermination du prix en avait été déferée à des arbitres à désigner ? Aurait-on pu le faire sans méconnaître l'esprit et le texte de la loi ?

60. — C'est sur quoi nous différons avec MM. Delvincourt et Troplong. Voici nos raisons :

Le droit romain, nous l'avons déjà dit, paraissait plus explicite que notre loi. A l'hypothèse d'une vente *quanti Titius aestimaverit*, il ajoute *sub hac conditione statet venditionem ut si quidem IPSE QUI NOMINATUS EST, pretium defnierit, omni modo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.*

On comprend que Vinnius en ait conclu que l'arbitrateur devait être nommé dans le contrat, car, ajoute-t-il, *si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi.*

Mais cette conclusion n'était pas universellement reconnue et admise, l'opinion contraire, refusant à la loi tout caractère limitatif, avait de nombreux et graves partisans.

61. — Les jurisconsultes italiens n'avaient pas hésité à se prononcer pour cette dernière. Casaregis vient

de nous l'attester. On pouvait, pour la détermination du prix, s'en référer d'une manière générale et sans désignation actuelle *arbitrio boni viri vel peritorum*.

Le cardinal de Lucca est plus formel encore, il admet qu'on peut valablement s'en référer *non in personam certam a contrahentibus determinatam, sed in peritos in genere*.<sup>1</sup>

62. — C'est à cette même opinion que se range notre illustre et judicieux Pothier. On peut, disait-il, vendre une chose pour le prix qu'elle sera estimée par des experts dont les parties conviendront. Si, en ce cas, le prix n'est pas certain au moment du contrat, il suffit qu'il doive le devenir par l'estimation qui en sera faite.

Pothier ajoute : Quelques interprètes prétendent que ce contrat est un contrat innommé qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, et qui imite seulement le contrat de vente plutôt qu'il n'est un vrai contrat de vente, mais ces subtiles distinctions ne sont pas admises dans notre droit français, et ne sont d'aucun usage dans la pratique.<sup>2</sup>

63. — La rationalité de cette interprétation de la loi romaine ne saurait à notre avis être contestée. Si quelque doute à ce sujet pouvait exister pour la vente ordinaire, il est impossible d'en concevoir aucun pour ce qui concerne la vente commerciale, que l'intérêt public

<sup>1</sup> *De Empt. Vend., Disc. 50, n° 9.*

<sup>2</sup> *De la Vente, n° 25.*

exige de faciliter et d'encourager. Comment dès-lors lui imposer une condition que les parties peuvent être dans l'impossibilité de remplir.

L'article 1592 du Code Napoléon, moins précis que le droit romain, n'a pu vouloir autre chose que ce que celui-ci exigeait. Son caractère purement démonstratif résulte de ce qu'il n'a pas prescrit la désignation actuelle à peine de nullité. On ne pourrait donc prononcer celle-ci sans ajouter à sa disposition.

On prêterait en outre au législateur une intention qu'il a au contraire formellement répudiée. En effet, sur la communication du projet, le tribunal proposait d'ajouter à l'article 1592 que *les tiers seraient expressément désignés par les parties*. Cette proposition fut rejetée par le conseil d'Etat. On a donc refusé de faire de la désignation actuelle une obligation pour les parties, comment dès-lors faire résulter de son inobservation le nullité du contrat ?

En réalité donc c'est la doctrine de Pothier que le Code Napoléon a entendu consacrer et a en effet consacrée. Loin d'être rationnelle et juste, la doctrine contraire ne tend à rien moins qu'à méconnaître l'esprit et le texte de la loi.

64. — On objecte, à l'appui de cette dernière, que la condition serait potestative, de telle sorte que le refus d'une des parties de procéder à la nomination des experts étant un obstacle invincible à la détermination du prix, le sort de la vente se trouverait ainsi purement livré à leur discrétion.

M. Troplong suppose donc que lorsque les contractants, au lieu de désigner les tiers dans l'acte, sont convenus d'une expertise, le refus qu'ils feraient plus tard d'exécuter cette convention est sans recours possible, et que la justice serait impuissante à y remédier.

65. — C'est là accepter en fait ce qui est en question et confondre deux hypothèses essentiellement distinctes et qu'on a toujours distinguées.

Tout recours judiciaire est interdit lorsque le tiers a été désigné dans le contrat, la raison en est naturelle et simple. La désignation au contrat prouve qu'on a exclusivement fait confiance à la personne qui en a été l'objet, on ne saurait dès-lors être contraint à donner malgré soi cette confiance à tout autre qu'elle.

*Pretium rei venditæ, disais Casaregis, si conferatur in arbitrium PERSONE CERTÆ, non secuta declaratione contractus resolvitur, non potest recurri ad officium judicis.*<sup>1</sup>

C'est en se plaçant au même point de vue que l'article 1592 déclare que si le tiers ne peut ou ne veut faire l'estimation, la vente est nulle.

Ainsi le recours à justice ne serait ni recevable ni fondé toutes les fois qu'il aurait pour objet la substitution d'une personne à celle qui a été nommée et désignée dans le contrat. Cette désignation fait de l'intervention personnelle de celle-ci la condition essentielle de la vente. Sans la confiance que j'avais en sa probité, sa loyauté et

<sup>1</sup> *Disc.* 34, n° 28.

ses lumières, dirait la partie, je n'aurais pas traité sur ce pied. Or, comment pourriez-vous me contraindre à transporter cette confiance sur une autre personne à laquelle, à raison ou à tort, je ne crois pas devoir la témoigner ?

Impossible de méconnaître l'autorité de ces raisons, et c'est ce qui les faisait consacrer par la Cour de Riom. Dans cette espèce, l'expert choisi et désigné par le vendeur étant décédé avant l'expertise, on prétendait en contraindre le remplacement.

Cette demande, accueillie en première instance, est repoussée par la Cour qui réforme le jugement, attendu que les parties en convenant de la vente étaient en même temps convenues de leurs experts ; qu'elles avaient entendu faire déterminer le prix, non par des experts en général, mais par des personnes désignées et ayant leur confiance exclusive ; que dès-lors le vendeur ne pouvait être obligé de placer ailleurs la confiance personnelle qu'il avait en l'expert décédé.

On se pourvut en cassation, mais le pourvoi était rejeté le 1<sup>er</sup> ventôse an x, considérant que la nomination des experts a précédé la convention de vente ; conséquemment que les juges d'appel de Riom n'ont contrevenu à aucune loi en décidant que la confiance personnelle du vendeur et de l'acheteur en la probité des experts nommés était un des éléments essentiels de la convention, et qu'elle se trouvait résolue par la mort de l'un des experts avant l'expertise.

66.— Ces deux décisions, rendues avant la promulgation du Code Napoléon, avaient exactement appliqué la

règle du droit romain. Car si, d'une part, Justinien veut que la décision du tiers soit souveraine et détermine la validité de la vente, il déclare, de l'autre, que si ce tiers *noluerit vel non potuerit pretium definire*, la vente est nulle pour défaut de prix.<sup>1</sup> L'article 1592 du Code Napoléon commanderait aujourd'hui une solution identique.

Mais ce qui ressort de l'un et de l'autre est une distinction dont MM. Delvincourt et Troplong n'ont, à tort, tenu aucun compte. Puisque dans le cas donné la nullité n'est consacrée que parce que les experts sont nommés dans la convention ; que parce que les parties se sont référées, non à des experts en général, mais à des personnes désignées auxquelles elles ont exclusivement fait confiance, il est évident qu'en l'absence de l'une et l'autre de ces circonstances, que, lorsque les parties, convenant purement et simplement d'une expertise, ont traité en vue de l'opération et non des personnes qui en seraient chargées, on ne saurait leur reconnaître le droit de revenir sur leur engagement et d'anéantir, de leur seule volonté, le contrat. Les raisons qui devaient faire concéder ce droit, juridiques et souveraines dans un cas, ne pourraient même être alléguées dans l'autre. Il était donc rationnellement impossible de leur donner un effet identique. Cette distinction n'avait pas échappé aux docteurs italiens qui en déduisaient la légalité du recours en justice dans la seconde hypothèse. Ainsi Casaregis, qui vient d'en enseigner la non-recevabilité lorsque les experts ont été nommés dans le contrat, ajoute :

<sup>1</sup> L. 13, *Cod.*, de *Cont. empt.*

*Secus autem in venditione facta simpliciter pro justo pretio, vel pretio per peritos declarando, vel pro pretio commisso boni viri arbitrio, seu æstimatoribus publicis, et hujus modi; quia secuti in istis casibus non videtur electa industria alicujus certæ personæ, cujus loco alia ex voluntate contrahentium subrogari non possit. Potest uno bono viro vel aliquibus peritis seu æstimatoribus arbitrari nolentibus, vel impotentibus recurri ad arbitrium alterius boni viri, vel ad alios peritos, vel ad alios æstimateores, vel saltem ad judicem.*<sup>1</sup>

Le cardinal de Lucca, de son côté, proclame la nullité de la vente, si les experts nommés au contrat n'ont voulu ou n'ont pu remplir leur mission. *Sed, continue-t-il, si pretii determinatio remissa esset non in personam certam a contrahentibus determinatam, sed in peritos in genere, quibus etiam specificatis sed non æstimatoribus, sed non arbitratoribus, intrat judicis arbitrium pro æstimatione ab aliis peritis facienda.*<sup>2</sup>

La rationalité de cette doctrine ne saurait être ici méconnue. A bon droit elle refuse tout caractère potestatif, à la condition de nommer les experts qui doivent procéder à la détermination du prix de la vente. Puisqu'il est licite de la stipuler, il ne saurait être permis de se refuser à l'exécuter. On peut et on doit y être contraint comme on le serait pour tout autre engagement régulier et légal.

<sup>1</sup> *Disc. 34, n° 29,*

<sup>2</sup> *De Empt. vendit., Disc., 4, n° 9.*

67. — Nous dirons donc avec MM. Delamarre et Lepoitvin, non, l'engagement dont s'agit n'est pas contracté sous une condition potestative, il constitue une promesse inconditionnelle, et chacune des parties est astreinte par un lien de droit ainsi qu'elles le sont toutes deux dans un contrat où il est dit que l'exécution de la convention sera déterminée par des arbitres. Or, lorsqu'une obligation existe et que les contractants ne s'accordent pas sur son exécution, il est de principe qu'on doit recourir à l'autorité du juge.<sup>1</sup>

Nous ajouterons, avec M. Duvergier, que la partie qui refuse de faire un choix est évidemment de mauvaise foi. Elle ne peut dire que la désignation de tel ou tel expert a entraîné son consentement à la vente, et qu'on ne saurait substituer personne à l'homme de son choix, puisqu'elle n'a jamais choisi. Pourquoi donc se plaindrait-elle d'une nomination faite par les tribunaux, lorsqu'elle avait un moyen facile de la prévenir en nommant elle-même, comme elle s'y était engagée.<sup>2</sup>

En résumé, l'article 4592 ne fait pas de la désignation actuelle des arbitrateurs la condition de la validité de la vente, il permet de s'en référer à ceux dont on conviendra plus tard. On ne saurait donc, sans se montrer plus sévère que la loi, sans violer le principe que les nullités ne se suppléent pas, attribuer à cette clause l'effet d'anéantir la vente. Consacrât-on le contraire en droit commun, qu'on devrait décider autrement en ma-

<sup>1</sup> T. 3, no 87.

<sup>2</sup> *Continuat. de Toullier*, t. 16, no 153.



tière commerciale, où l'impossibilité dans laquelle l'éloignement place les parties de s'entendre sur la personne des experts au moment du contrat, leur fait une nécessité de stipuler de le faire plus tard.

La légalité de la convention a pour conséquence forcée d'en assurer les effets, d'en commander l'exécution. On ne saurait donc la considérer comme viciée de condition potestative. Elle constitue une obligation de faire, qui se résoudrait en dommages-intérêts, si la loi n'en avait elle-même réglé l'exécution, en déférant à la justice le choix de l'expert que la partie refuse de désigner. On ne saurait donc contester aux tribunaux le pouvoir de remplir la mission dont ils sont investis.

Tout est donc subordonné à la nature du contrat, si les parties, s'en référant pour le prix à la décision d'autrui, ont en même temps désigné le ou les tiers qu'elles entendent charger de ce soin, le refus ou l'impuissance du tiers ou de l'un d'eux résout le contrat, en en rendant l'exécution impossible dans la limite qui lui était tracée. Il est certain, dans cette hypothèse, que la cause qui a déterminé le consentement respectif, est la confiance dans la personne indiquée. Or, cette confiance ne se commande pas, et nul ne peut être contraint de l'accorder malgré lui et contre son gré, même par autorité de justice. M. Duvergier a donc raison de critiquer un arrêt de la Cour de Paris, du 18 novembre 1831, admettant dans ce cas l'intervention des tribunaux.

Que si la convention se borne à stipuler que le prix sera déterminé par experts dont on conviendra, cette intervention est légitime, régulière et forcée. Ce que les parties

ont en vue, dans cette hypothèse, c'est une expertise, abstraction faite des personnes qui en seraient chargées, aucune d'elles ne peut raisonnablement prétendre avoir arrêté sa confiance sur tel plutôt que sur tel ; elles se sont respectivement réservées le droit de choisir celui qui leur paraîtrait digne de la mériter. Or tout droit a pour corollaire une obligation, et en stipulant celui-ci on s'est nécessairement engagé à l'exercer envers celui que cet exercice intéresse et qui est dès-lors recevable et fondé à le contraindre.

69. — Si, en exécution du contrat, les parties ont choisi ultérieurement les arbitrateurs, pourra-t-on poursuivre le remplacement de celui qui ne veut ou ne peut remplir la mission dont on l'avait investi ?

Casaregis professait la négative *quia non minus censetur electa à contrahentibus personarum industria quas promiserunt nominare, quam earum quas a principio nominaverint.*

L'admettre ainsi, c'est annuler le droit de recourir à justice, tout au moins permettre de l'éluder. Celui qui a intérêt à la résolution de la vente ne se laissera jamais citer en justice, il se bornera à désigner une personne dont il se sera assuré le refus. Autant donc vaudrait proscrire l'intervention du juge, que Casaregis admet cependant dans le cas de défaut de désignation dans le contrat même.

Il n'est donc pas possible, en proclamant le principe, d'en abandonner l'application et les effets à la discrétion de celui-là même qu'on contraint à le subir ; et ce n'est

certes pas le motif donné par Casaregis qui rendrait raison d'une pareille anomalie.

La question de savoir si on a fait confiance à la personne des experts ne peut être appréciée qu'à l'origine et par la conduite des parties au moment du contrat. On devra la résoudre affirmativement si la désignation a précédé ou accompagné l'accord.

Dans le cas contraire, les parties s'en étant référées à une expertise en général, les raisons qui légitiment l'office du juge pour la nomination militent également pour le remplacement. On ne pourrait donc consacrer une solution contraire. Il faut que l'expertise sorte à effet, et tout ce qui tend à aboutir à ce résultat est légitime et indispensable.

70. — C'est par les mêmes considérations que nous résoudrons la question de savoir si, en cas de partage des experts, on peut provoquer judiciairement la nomination d'un tiers, lorsque rien n'a été statué à cet égard par les parties.

On consacrerait la négative si les experts ont été désignés dans le contrat. Ce qui, dans ce cas, a déterminé les parties, c'est la personnalité des hommes choisis, *industria personarum*; ce qu'elles ont voulu, c'est s'en référer exclusivement à leur décision. Que l'absence de celle-ci tienne au refus ou à l'impuissance des experts, ou à l'impossibilité de s'entendre, le résultat est acquis, l'effet est le même.

Si les experts n'ont été commis qu'après le contrat, soit par les parties en exécution de l'engagement qu'elles

en avaient pris, soit par la justice, le partage doit être vidé. Il en est pour celui-ci, comme pour la nomination, comme pour le remplacement. Les parties s'étant purement référées à une expertise, sont présumées avoir consenti à toutes les mesures devant conduire celle-ci à des résultats positifs. Qui veut la fin veut les moyens.

Il y aurait donc lieu à désigner le tiers expert. Casaregis enseigne que cette désignation serait valablement faite par les experts dissidents. Notre droit n'admet pas qu'il en soit ainsi. Les experts partagés ne pourraient élire le tiers que s'ils y avaient été expressément et formellement autorisés ; à défaut, la désignation ne peut être faite que par la justice.

71. — La vente d'une chose *au prix qu'elle vaut* ou *qu'elle vaudra à une époque* convenue est régulière et valable. Cette vente, dit Pothier, est censée faite pour le prix à déterminer par des experts dont on conviendra. M. Troplong, acceptant ce caractère, conclut à la nullité de la vente pour vice de condition potestative.

Nous venons de démontrer l'erreur de sa doctrine dont il fait ici une nouvelle application. Nous ajoutons que M. Troplong comme Pothier lui-même n'ont pas tenu assez compte des exigences commerciales et du caractère spécial des opérations entre commerçants.

Nous comprenons que la vente d'un immeuble au prix qu'il vaudra doive donner infailliblement lieu à une expertise, il n'existerait aucun autre moyen d'arriver à la détermination du prix. On pourrait aussi l'admettre dans la vente de choses mobilières par un non-négociant à un

non-négociant. L'un et l'autre, en effet, ont entendu que la chose devait être payée à sa valeur vénale et réelle, et comment l'établir à défaut d'une expertise.

Dans la vente commerciale, au contraire, les parties n'ont eu en vue que la valeur marchande. Or, celle-ci résultera incontestablement des cours officiels et publics, des mercuriales. A quoi bon dès-lors une expertise qui ne puiserait ses éléments et ses bases que dans ces documents ?

La vente commerciale d'une chose au prix qu'elle vaut ou qu'elle vaudra, est donc faite au cours du jour de la vente, ou de celui qui a été convenu et désigné ; une expertise serait inutile et frustratoire et sa nécessité ne serait admissible que si les parties l'avaient expressément stipulée. Leur silence à cet égard ne peut être attribué qu'à l'intention de s'en référer au cours authentique. On ne consent guère, en commerce, à perdre du temps, à ajouter aux frais. Le parti qui tend à les économiser est le seul qui convient, le seul véritablement rationnel.

72. — Vendre *pour le juste prix*, c'est, en d'autres termes, vendre la chose pour ce qu'elle vaut. Telle est la doctrine professée par Pothier, admise par M. Troplong.

MM. Delamarre et Lepoitvin distinguent la vente de la chose au prix qu'elle vaut, de celle faite pour le juste prix. Ils enseignent que la première se règle par une expertise, la seconde par le cours.

Cette distinction sur le caractère de la vente ne nous paraît avoir aucun fondement sérieux, il n'y a de diffé-

rence que dans l'expression, au fond le but est le même. Les parties ont entendu donner et recevoir la valeur marchande au jour convenu. Nous ne saurions donc admettre une différence dans l'exécution.

Nous hésitons d'autant moins à nous prononcer pour le règlement par le cours dans le second cas, que nous considérons ce règlement comme seul rationnel dans le premier. Nous ne faisons donc aucune distinction, la vente au juste prix, comme celle pour ce que la chose vaut, arrive à un résultat identique. Le prix est déterminé par l'attestation des courtiers, par l'extrait légal de la mercuriale de la place, ou de la localité la plus voisine, si au domicile des parties il n'existe ni bourse ni marché. On ne recourrait à un expertise que s'il s'agissait de denrées ou marchandises non cotées.

73. — Dans tous les cas où la détermination du prix est laissée à l'arbitrage de tiers, l'estimation pourra-t-elle être attaquée pour exagération ou insuffisance ?

Justinien semble décider la négative. La loi 45, au Code *De contrah. emptione* dispose, en effet, *omni modo secundum aestimationem pretium solvatur*, d'où Despeisses concluait que les parties étaient absolument sans action, même dans l'hypothèse d'une estimation évidemment inique ; et c'est ce qu'enseigne également M. Troplong.

Mais Cujas, mais Voët professaient le contraire. *Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium*, dit ce dernier, *ad ipsum bonæ fidæi judicio, id est judicis*

*officio, secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex æquo et bono corrigendum est.*<sup>1</sup>

A l'exemple de ces jurisconsultes, Pothier se prononçait pour le recours aux tribunaux. Les contractants, disait-il, en s'en référant à l'estimation d'un tiers, ont entendu non une estimation purement arbitraire, mais une estimation *tanquam boni viri*, une estimation juste. C'est l'avis de la Glose sur la loi de Justinien.<sup>2</sup>

Permettre d'attaquer l'estimation sous prétexte d'exagération ou d'insuffisance, serait encourager la chicane et multiplier les procès; *on ne peut contenter tout le monde et son père*, et il est rare dans ces occurrences que l'un ne se considère pas comme sacrifié à l'autre.

Nous refuserions donc tout recours, même en cas d'une exagération ou d'une insuffisance certaine, si elle n'est que le produit d'une appréciation erronée, mais de bonne foi.

L'appréciation évidemment inique nous a paru commander une autre solution, et un nouvel examen nous a confirmé dans cette conviction. Nous persistons donc à croire que l'immoralité doit être sévèrement réprimée partout où elle se produit; que la fraude faisant exception à toutes les règles, celle des experts ne sauraient nuire ni profiter à personne.<sup>3</sup>

74. — Enfin, on s'est demandé si la stipulation je vous vends telle chose *pour le prix qu'on m'en offrira* constituait une vente régulière et valable.

<sup>1</sup> *Ad Pandectas, de Cont. emp. n° 23.*

<sup>2</sup> *Vente, n° 24.*

<sup>3</sup> Notre *Traité du dol et de la fraude*, n°s 971 et suiv.



« Je ne crois pas, disait Pothier, qu'une telle convention puisse être admise comme contrat de vente dans les tribunaux, elle donnerait lieu à trop de fraude. L'acheteur pourrait interposer une personne qui offrirait un prix très bas pour avoir la chose à vil prix ; et le vendeur pourrait en interposer une qui offrirait un prix très haut pour la vendre plus cher. D'ailleurs, le vendeur qui ne voudrait pas tenir le contrat pourrait cacher les offres qui lui auraient été faites. On ne peut donc admettre cette convention comme contenant un contrat de vente. »<sup>1</sup>

Cette opinion est accueillie par M. Troplong, qui ne reconnaît pas à ce contrat le caractère de la vente.<sup>2</sup>

MM. Delamarre et Lepoitvin soutiennent le contraire. Ce contrat, disent-ils, repose sur la confiance que les parties ont l'une dans l'autre, et la crainte de l'abus ne peut suffire à le rendre impuissant. La fraude ne se présume pas, et la facilité qu'elle aurait à se produire ne peut avoir d'autre résultat que celui d'éveiller la sollicitude du juge, et de le rendre moins exigeant sur le caractère et la nature de la preuve.<sup>3</sup>

Nous avouons n'être pas convaincu de la légalité de cette doctrine, qui fait par trop abstraction des conditions que la validité de la vente exige.

Il faut surtout un prix certain. On a bien pu réputer tel celui qui *per relationem est certificabile*. On le comprend, lorsque les parties ont agi en vue d'un événement qui se réalisera certainement avec ou sans leur concours

<sup>1</sup> Vente. n° 27.

<sup>2</sup> N° 113.

<sup>3</sup> T. 3, n° 94.



Ainsi, dans les hypothèses que nous venons de parcourir, le prix est bien inconnu au moment du contrat. Mais il résultera d'une manière précise, soit de l'expertise, soit de l'extrait du cours officiel ou des mercuriales, et le droit d'une des parties de poursuivre l'une ou de produire ces derniers appartient également à l'autre, elles pourront donc respectivement contraindre l'exécution du contrat.

Aucun de ces caractères ne se rencontrent dans la vente *pour le prix qu'on m'offrira*. A l'incertitude du prix vient se joindre celle de l'événement dont on en fait dépendre la détermination. Offrira-t-on un prix quelconque, et si on n'en offre aucun, quel sera le sort du contrat? Peut-on admettre dès-lors que le prix est *certificabile per relationem*?

Puis, si une offre est faite, mais qu'elle ne réponde en rien aux prétentions et à l'espérance du vendeur, son intérêt ne lui commandera-t-il pas de la laisser ignorer, et s'il obéit à cet intérêt, quel moyen aura l'acheteur d'avoir raison de ce manquement à la foi promise, comment le reconnaîtra-t-il, à moins que l'auteur de l'offre n'ait été préposé par lui à l'effet de se procurer la chose à un prix plus ou moins vil.

Il est vrai que de son côté le vendeur pourra préposer quelqu'un qui lui offrira un prix en dehors de toute proportion avec la valeur réelle de la chose. Faudra-t-il donc, parce que ces manœuvres ne pourront être connues et prouvées, sacrifier nécessairement l'un ou l'autre, et dans tous les cas remettre le sort de la vente à la discrétion exclusive du vendeur.

La plus simple raison protestait contre ce résultat, et Pothier ne faisait qu'obéir à ses inspirations en le repoussant. Sans doute la loi n'a pu toujours se conformer strictement à ce qu'elle enseigne, mais elle le pouvait et le devait dans cette circonstance. Le mal était imminent au point d'exiger un remède immédiat ; ce remède était tout simple, la nullité de la vente.

75. — Une convention, objectent MM. Delamarre et Lepoitvin, est légalement formée lorsque la loi ne le défend pas et qu'elle n'a rien de contraire aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Sans doute, la loi n'a pas prohibé de traiter dans la condition dont nous nous occupons. Aussi, verrons-nous bientôt qu'elle n'a pas refusé tout effet au contrat. Mais, dès que pour la validité de la vente elle exigeait un prix certain, ce contrat ne pouvait être une vente, non parce qu'il était légalement présumé frauduleux, mais parce qu'il n'offrait ni prix certain, ni prix déterminé par relation.

Nous pourrions ajouter qu'il n'y a pas même de la part du vendeur volonté actuelle de vendre. Son engagement est bien plutôt la promesse de mettre plus tard la chose en vente, et ce n'est qu'au moment et au moyen de sa réalisation qu'il sera dans le cas de recevoir des offres. Or, cette promesse, ne dépend-il pas uniquement de lui de la tenir, et quel moyen aurait-on de l'y contraindre.

76. — Pothier a donc raison, et d'avance il a répondu

à l'objection de MM. Delamarre et Lepoitvin. En effet, la proximité de la fraude n'est pas pour lui une raison de laisser le contrat sans effet aucun, et s'il lui refuse le caractère de vente, il n'hésite pas à en déduire un engagement licite.

« Cette convention, dit-il, pourrait être considérée comme une convention par laquelle le propriétaire de l'héritage s'obligerait envers l'autre partie à lui accorder la préférence lorsqu'il voudrait vendre, et cette obligation l'engagerait à ne point vendre à un autre, qu'il n'eût énoncé auparavant à cette partie le marché qui lui est offert, avec sommation de déclarer dans un temps court s'il entend acheter aux conditions proposées.<sup>1</sup> »

Cette doctrine a, à nos yeux, un mérite incontestable, celui de donner au contrat son véritable caractère et de lui assigner les seules conséquences qu'il puisse produire. Comme nous venons de le dire, en effet, il est bien plutôt une promesse de vendre *in futurum* qu'une vente actuelle.

MM. Delamarre et Lepoitvin ne voyent dans cette doctrine qu'un *mezzo termine* et ils le repoussent en ces termes :

« Si l'on craint que vous n'interposiez une personne pour m'offrir un prix très bas et consommer ainsi un achat frauduleux, qui empêche l'emploi du même moyen pour m'obliger à *vous sommer* de prendre ma chose au même prix? L'un n'est pas plus difficile que l'autre; et, quant aux preuves de l'offre, vous n'aurez pas omis d'y

<sup>1</sup> Vente, n<sup>o</sup> 27.

songer. Est-ce la peine de fermer la porte à une fraude pour la laisser ouverte à une autre fraude d'une égale facilité et qui parvient au même but.<sup>1</sup>

Nous ne comprenons pas ce reproche et surtout la conclusion qu'en tirent MM. Delamarre et Lepoitvin. S'il ne faut pas fermer une porte à la fraude pour en ouvrir une autre, il faut encore moins les lui ouvrir l'une et l'autre, et c'est ce que font nos auteurs.

D'ailleurs, la doctrine de Pothier atteint-elle le résultat qu'on lui prête? A quoi servirait au vendeur de se faire offrir un prix exagéré et de sommer l'acheteur de prendre à ce prix? Ce dernier, en acceptant la préférence qui lui a été promise, ne s'est pas engagé à en profiter, il est demeuré libre d'agir à ses convenances, et son refus d'obtempérer à la sommation ne pourrait avoir d'autre effet que de dégager le vendeur de sa promesse, et de lui rendre la liberté de disposer de sa chose comme il l'entendrait.

En réalité donc la doctrine de Pothier, au mérite déjà signalé, joint cet autre de couper court à toute espèce de fraude. En rendant une interposition quelconque sans résultat possible, elle en prévient toute tentative.

M. Pardessus n'a pas hésité à adopter et à enseigner l'avis de Pothier. « La vente qu'une personne fait à une autre d'une chose pour le prix qu'on m'en offrira, est valable, dit-il, non pas précisément en ce sens que l'acheteur sera obligé de payer au vendeur le prix que celui-ci prétendra lui avoir été offert, ou même que telle

<sup>1</sup> T. 3, n° 91.

ou telle personne indiquée par lui déclarerait lui offrir, mais en ce sens que celui qui a fait la promesse ne sera libre de vendre à un autre qu'après avoir dénoncé à celui envers qui il s'est engagé qu'on lui offre tel prix et l'avoir sommé de prendre la chose à ce prix, ou de lui laisser la liberté d'en disposer. <sup>1</sup>

En d'autres termes, la vente pour le prix qu'on m'offrira laisse le vendeur libre de vendre plus tard ou non, selon qu'il le jugera convenable; il ne peut être contraint à le faire, mais il ne peut le faire sans tenir l'engagement d'accorder la préférence à celui avec qui il a d'abord traité, sans l'avoir mis en demeure de revendiquer cette préférence.

L'acheteur, de son côté, en acceptant la promesse qui lui en était faite, ne s'est pas irrévocablement lié. Il n'a qu'un droit auquel il peut renoncer; le refus qu'il ferait de l'exercer, soit expressément, soit en ne s'expliquant pas sur la sommation qui lui en est faite, dans le délai indiqué, laisserait le vendeur libre de vendre à tout autre.

77. — La règle *Sine pretio certo nulla venditio est*, comporte-t-elle exception?

Cette question ne peut s'agiter que dans une seule hypothèse, à savoir : lorsque la chose a été livrée et reçue avant que le prix en ait été définitivement arrêté et convenu. Comment annuler la vente si après avoir reçu la chose le prétendu acheteur l'a lui-même revendue et livrée.

<sup>1</sup> N° 273.

On devrait donc la maintenir et suppléer au silence des parties sur le prix.

Tant que la vente n'a pas reçu son exécution, l'absence de convention sur le prix ne permettrait pas cette exécution, l'un ne pourrait être contraint à livrer, l'autre à recevoir. Cette règle est absolue et ne comporte aucune exception.

78. — Si l'acheteur prétendu, ayant la chose en mains, en a disposé lui-même, il faut, quant à ses obligations envers le propriétaire, distinguer.

Si la chose ne lui avait été remise qu'à titre de dépôt, de consignation ou de gage, il n'a pu même se croire autorisé à l'aliéner sans avoir consulté le propriétaire et reçu son consentement. Il aurait donc sciemment vendu la chose d'autrui, et par conséquent encouru l'obligation de réparer le préjudice qui en serait résulté.

Dès-lors si le cours au jour de la demande était supérieur à celui auquel il a revendu, c'est du premier qu'il devrait tenir compte. La baisse qui serait survenue dans l'intervalle de la revente au jour de la demande ne saurait lui profiter, il serait dans ce cas tenu de restituer tout ce qu'il aurait lui-même touché.

79. — S'il a reçu la chose par suite d'une vente projetée entre lui et le propriétaire avec condition de convenir ultérieurement du prix, il ne devait et ne pouvait en disposer qu'après sa détermination. L'impossibilité dans laquelle il se serait placé de la restituer en nature l'obligerait à en payer la valeur. Mais il ne serait ni rece-

vable ni fondé à en demander la détermination par experts. Ce mode exceptionnel ne pouvant être admis que lorsque d'une part il a été expressément convenu, que de l'autre la chose à expertiser existe encore et peut être soumise aux experts.

Ce qu'il devrait, c'est le prix coté dans la facture qui aurait accompagné l'envoi, et qui l'accompagnera le plus souvent, parce qu'elle est l'élément le plus essentiel à une revente. Comment exécuter utilement celle-ci, si celui qui achète dans ce but ne connaît pas le prix de revient.

Sans doute la facture, œuvre personnelle du vendeur, ne peut dicter la loi à l'acheteur. Le droit de celui-ci de protester contre ses énonciations, même de refuser les marchandises, ne saurait être ni méconnu ni contesté. Mais si recevant celles-ci il en dispose à son tour, il sera justement considéré comme ayant accepté les prétentions du vendeur, et au besoin avoir abandonné les réclamations qu'il avait d'abord élevées et dont il n'a pas attendu le règlement. Dès-lors, en exigeant de lui qu'il paye le prix facturé, on ne lui impose que la loi qu'il s'est bien volontairement faite, que les conséquences naturelles de son fait propre et personnel.

Que si, contre toutes probabilités, la chose a été remise sans facture, sa disposition ultérieure par l'acheteur n'est pas moins reprochable. Il ne pouvait ignorer qu'il ne pouvait être le propriétaire et en exercer les droits que par la régularité de la vente; que cette régularité exigeait la détermination du prix entre lui et son vendeur; que la revente par lui opérée avant toute entente à

ce sujet était illégitime, et qu'il en était seul responsable. Or, l'autoriser dans ce cas à imposer au vendeur les chances incertaines d'une expertise dont il avait même fait disparaître l'élément le plus essentiel, serait rendre celui-ci victime d'une faute à laquelle il n'a en rien participé.

Il devrait donc être condamné à payer au cours le plus élevé du marché au jour de la demande.<sup>1</sup>

80. — Comme exemple de vente faite sans désignation de prix, M. Pardessus cite l'envoi de marchandises en compte courant. Cet exemple ne nous paraît pas heureusement choisi, il n'est pas présumable, en effet, que cet envoi ne soit pas accompagné d'une facture indiquant les prix des objets qui en font la matière, et annonçant ainsi les prétentions de l'expéditeur.

Dans tous les cas, il est certain que celui-ci, portant l'envoi au débit du compte de l'acheteur, demandera à celui-ci de l'en créditer. Or, le compte ne se réfère jamais à telles ou telles marchandises, il mentionne le montant de leur valeur.

Donc le prix sera déterminé soit par la facture, soit par la correspondance, au moins de la part du vendeur, et, comme nous venons de le dire, la revente des marchandises avant de s'en être expliqué et entendu serait l'acceptation la plus énergique de ce prix. En conséquence, on obligerait le réceptionnaire à l'acquitter intégralement.

<sup>1</sup> Rennes, 5 avril 1850.



81. — Le prix de la vente peut-il être stipulé en services ou travaux ? On ne voit pas, dit M. Emile Vincens, ce qui empêcherait de le faire. On ne saurait en effet se créer un doute sur la validité d'une pareille vente, si d'ailleurs elle offrait un prix certain et sérieux ; dans l'hypothèse suivante, par exemple, je vous vends cette chose au prix de 4,000 fr. payables en services ou travaux.

La loi pouvait bien et devait exiger que la vente eût un prix, mais elle n'avait pas à intervenir quant au mode de son paiement, *Non enim pretii numeratio, sed conventio, perficit emptionem.*

Or, dans notre hypothèse, le prix est convenu, déterminé, certain, l'exigence et la promesse de services ou travaux constituent le mode de libération que les parties étaient libres d'adopter dès qu'il était dans leurs conventions respectives.

On ne saurait donc refuser au contrat le caractère de la vente, ni en contester la régularité.

Devrait-on le décider ainsi dans l'hypothèse suivante que se proposent MM. Delamarre et Lepoitvin : Je vous donne et vous livre mon bateau à vapeur le *Vulcain*, vaille que vaille, à la charge par vous de diriger ou de surveiller la construction d'une frégate que je dois livrer à Jacques.<sup>1</sup>

Ces honorables jurisconsultes estiment avec raison que ce contrat n'est pas une vente. Il n'y a aucun prix fixé ni au bateau, ni aux services exigés. Ce que les parties

<sup>1</sup> T. 5, n° 410.

ont fait, c'est un contrat de louage d'œuvres et d'industrie dont la rétribution est convenue à forfait et payée d'avance, et qu'il est loisible à la partie de résilier dans le cours de l'exécution.

En effet, aux termes de l'article 1794 du Code Napoléon, le maître peut résilier par sa seule volonté le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans son entreprise.

82. — On comprend combien, au point de vue de l'application de cet article, est importante la détermination de la nature du contrat. Ainsi, dans l'hypothèse de la vente d'une chose au prix de 4,000 fr. payables en services ou travaux, il n'y a ni forfait, ni maître, ni entrepreneur. On n'y rencontre qu'un vendeur et un acheteur, et un mode de paiement du prix. Il en résulte que le premier ne peut poursuivre la résiliation du contrat qu'à défaut et sur le refus du second de tenir son engagement, dont il peut à son tour contraindre l'exécution.

Ce droit ne saurait appartenir à celui qui dans notre hypothèse accepte la direction ou la surveillance de la construction de la frégate moyennant l'abandon du bateau à vapeur le *Vulcain*. Il peut être remercié en tout temps, en tout état de cause.

Pourrait-il retenir, le congé se réalisant, le bateau qu'il a reçu? Je l'aurais incontestablement gagné si le contrat eût reçu son exécution, dira-t-il. Or, si l'article 1794 vous donne la faculté de résilier, il vous impose l'obligation

de me dédommager de tout ce que j'aurais gagné dans l'entreprise. Or, ce que j'aurais gagné, c'est le bateau.

Nous ne voyons pas ce qu'on pourrait répondre à cette prétention. On dira qu'elle ne tend à rien autre qu'à retirer au maître la faculté que lui confère l'article 1704 du Code Napoléon, il est évident, en effet, que puisque le congé ne le fera pas rentrer en possession de son bateau, il se gardera bien de le donner. Mais pourquoi s'exposait-il à cette chance, il était libre de traiter aux conditions ordinaires, de ne s'engager à rétribuer qu'à la fin de l'entreprise, s'il lui a plu d'agir autrement, comment pourrait-on l'exonérer des conséquences de son fait propre et personnel.

La faillite du maître autoriserait-elle la masse à revendiquer le bateau? Oui, répondent MM. Delamarre et le Poitvin, puisqu'on ne saurait dire que l'entrepreneur ait acheté le bateau. Mais ces honorables jurisconsultes enseignent que l'article 1794 est opposable à la masse, qu'en conséquence elle ne pourrait reprendre le bateau qu'à la condition de dédommager l'entrepreneur de ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner en exécutant le marché.

Mais alors ne dira-t-on pas à la masse ce qu'on dirait au propriétaire lui-même. Ce que j'aurais gagné en exécutant l'entreprise a été déterminé par la convention, et si cette convention vous lie quant au principe, elle doit vous lier quant à ses conséquences, donc le bateau m'appartient, puisqu'il m'aurait appartenu si le contrat avait été exécuté.

Il y aurait là l'origine d'une fraude fort dangereuse pour les créanciers ; leur débiteur pourrait aux approches de la faillite, sous prétexte de services ou travaux plus ou moins réels, transporter à un tiers complaisant une partie de son actif.

Le législateur n'a pu encourager cette fraude en s'interdisant le moyen de la réprimer. Or, ce moyen existe dans la législation spéciale et dans les conséquences de la faillite.

La délivrance du bateau aux mains de l'entrepreneur n'étant pas une vente, sera ou le paiement anticipé, ou un nantissement, ou un gage en garantie d'une dette non échue, elle sera donc, envers la masse, nulle et de nul effet, si elle a été réalisée depuis l'époque déterminée, comme étant celle de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée.<sup>1</sup>

Admettez maintenant que le contrat et son exécution, quant à la remise de l'objet convenu, aient eu lieu en temps non suspect, la revendication de cet objet par les créanciers pendant la durée de l'entreprise devra-t-elle être écartée? Nous ne saurions le croire. A notre avis, l'article 1794 est spécial et exclusif au cas qu'il prévoit. Il était juste en effet que celui qui revient sur ses engagements, sans autre motif que sa volonté ou son caprice, rendit l'autre partie indemne du préjudice que cette rupture lui occasionne. L'article 1794 ne fait pas autre chose que déterminer les dommages-intérêts que l'inexécution, surtout purement volontaire, doit légalement entraîner ;

<sup>1</sup> Art. 446, C. de com.

qu'appliquer le principe des articles 1147 et 1149 du Code Napoléon.

La rupture du contrat par la faillite s'opère par la seule force de la loi, elle n'a rien de volontaire et constitue évidemment un fait de force majeure. L'exécution du contrat étant désormais impossible, comprendrait-on que l'entrepreneur pût exiger de la masse le gain que lui promettait son entreprise? Peut-il reprocher aux créanciers une discontinuation, une inexécution qu'ils sont forcés de subir eux-mêmes, qu'ils sont, de plein droit, dans l'impuissance de prévenir et d'empêcher. Où serait donc le fondement équitable et juridique des dommages-intérêts qu'on allouerait contre eux? N'est-ce pas d'ailleurs ce que l'article 1148 du Code Napoléon ne permet pas de faire?

Nous croyons donc que la faillite du maître se réalisant, l'entrepreneur n'a autre chose à exiger que le dédommagement des travaux qu'il a exécutés jusque-là, des peines et soins qu'il a donnés à l'entreprise. Il serait donc obligé de restituer la chose qui lui avait été remise à titre de paiement intégral, et qu'il ne peut prétendre lui avoir été vendue.

Mais il nous paraît qu'on ne saurait lui contester la qualité de créancier gagiste. Il pourrait donc comme tel se faire payer par privilège sur le prix de la chose de ce qui serait reconnu lui être dû.

83. — La troisième condition requise pour la validité de la vente, est le consentement respectif des parties. Comme pour tous les autres contrats, ce consentement

ne puise son efficacité que dans sa pureté. Il doit donc émaner d'une personne capable, et être le résultat d'une volonté spontanée, éclairée et libre. Il serait sans effet possible s'il a été donné par erreur, surpris par le dol ou la fraude, arraché par la violence.

Indépendamment de ce caractère général, le consentement dans la vente exige d'autres conditions. Le concours des volontés doit exister sur la nature du contrat, sur la chose, sur le prix.

84. — Il est évident, en effet, que si les parties diffèrent sur la nature du contrat, que si celui-ci entend vendre, celui-là recevoir à titre de consignation, de dépôt, de nantissement ou de location, ou réciproquement, il n'y a entre eux aucune convention valable. Il n'existe pas de vente surtout, car, en ce qui la concerne, différer sur la nature de l'opération, c'est comme si on ne s'était pas entendu sur la chose ou sur le prix, *cæterum sive in ipsa venditione dissentiunt, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est.*<sup>1</sup>

En conséquence l'engagement contracté en l'état de cette divergence des volontés ne crée aucun droit en faveur ou contre les parties, quelque probable qu'il fût d'ailleurs que l'une eût accepté le but que se proposait l'autre. Ainsi dans l'exemple cité par Pothier d'une maison que l'un entendait vendre, que l'autre a entendu affermer pour neuf ans, au prix de 9,000 fr., il est évident que ce dernier, qui donnait cette somme pour se pro-

<sup>1</sup> L. 9, Dig. De cont. empt.

curer une jouissance temporaire, soutiendra avec raison qu'il l'aurait à plus forte raison donnée pour devenir propriétaire définitif et incommutable. Mais vainement invoquerait-il cette certitude, vainement tenterait-il de contraindre la délivrance de la maison, le défaut d'entente sur le caractère du contrat qui a existé à l'origine enlève toute efficacité à ce contrat, qui n'est ni une vente ni même un louage. Il n'a donc conféré aucun droit non-seulement à la propriété, mais encore à la jouissance.

Il en serait de même des marchandises expédiées comme vendues, et que le destinataire n'entendait recevoir qu'à titre de consignation ou de dépôt. La divergence des volontés démontrée et acquise, les marchandises feraient retour à leur propriétaire. Le réceptonnaire ne pourrait ni être contraint à les garder pour son compte, ni exiger de l'expéditeur qu'il les lui laissât à titre de consignation ou de dépôt.

Ainsi donc, et avant tout, le concours des volontés doit exister sur le caractère du contrat, sur le but qu'il se propose. Ce n'est pas par l'intention d'une des parties qu'on peut apprécier ce qu'elles ont fait l'une et l'autre, il faut une intention commune et identique de part et d'autre, et celle-ci n'est efficace que si elle tend à un même but. Ce n'est qu'à cette condition qu'on rencontrera ce *consensus in idem placitum*, sans lequel il ne saurait exister de contrat.

*De jure*, disait Casaregis, *non si attende cio, che abbia potuto pensare, o credere una delle parti, ma solamente cio che dal contratto apparisce essere stato*

*convenuto e considerato insieme dall'una e l'altra parte.*<sup>4</sup>

85. — La vente offerte et acceptée ne s'exécute régulièrement et valablement que s'il existe une chose devant en faire la matière ; et que si ce que l'on a entendu livrer est bien ce que l'autre a entendu recevoir. Si le vendeur a traité d'une chose, l'acheteur d'une autre, il n'y a pas de vente, pas même une chose pouvant en devenir la matière.

Le concours des volontés doit donc exister sur la chose comme sur le caractère du contrat. Or, ainsi que l'observent MM. Delamarre et Lepoitvin, toute chose corporelle est constituée par sa forme et sa matière. Il faut que les parties se soient entendues sur l'une et sur l'autre.

Aussi n'y aurait-il pas vente :

1<sup>o</sup> Si l'un voulant vendre des laines ou du vin, l'autre avait entendu acheter de la soie ou de l'huile ;

2<sup>o</sup> Si, d'accord sur la matière, on ne s'était pas entendu sur la forme. Je veux acheter une montre en or, vous entendez une coupe de la même matière ;

3<sup>o</sup> Si, d'accord sur la forme, on ne l'a pas été sur la matière. Par exemple un meuble que l'on entendait être garni en moquettes, l'autre en velours ou en soie.

Indépendamment de leur espèce, il est une infinité de marchandises qui ne sont spécialisées que par la quantité pour laquelle on traite, par leur provenance. Il faut donc,

<sup>4</sup> *Disc.*, 119, n<sup>o</sup> 68.



pour que la vente existe régulièrement, que les parties soient tombées d'accord sur l'une ou sur l'autre.

L'achat et la vente de blés, vins ou laines qui ne spécifièrent pas la quantité en hectolitres, en pièces, en balles, ne porteraient sur rien et ne créeraient par conséquent aucun lien légal et obligatoire, à moins que la chose vendue fût déterminée par le lieu où elle se trouve reposée. Les blés renfermés dans les magasins ou à bord de navires; les huiles de la pile n° 1 de tel domaine.

Enfin, la vente serait nulle ou de nul effet si l'un voulant acheter de l'huile de Provence, ou du blé du pays, l'autre avait entendu vendre de l'huile de la rivière de Gênes, ou du blé de Syrie ou de Turquie.

86. — Le concours des volontés n'est pas moins indispensable sur le prix. Nous venons de voir qu'il doit être sérieux et certain. Où serait cette certitude, si l'un vendant à un prix, l'autre n'a entendu offrir et n'en a réellement offert qu'un moindre? Il n'y a en cet état que deux propositions distinctes, et l'on ne pourrait rationnellement adopter l'une de préférence à l'autre.

Qu'en serait-il si le prix offert par l'acheteur était supérieur à celui demandé par le vendeur?

Pothier estime que la vente est régulière et doit sortir à effet au prix coté par le vendeur. Si l'acheteur, dit-il, compte par erreur acheter plus que la somme pour laquelle le vendeur voulait vendre, le contrat de vente vaut pour la somme que le vendeur voulait vendre, et il est vrai que les parties sont convenues de cette somme, car elle est comprise dans la plus grande somme pour laquelle

l'acheteur a voulu acheter. Celui qui veut acheter pour une plus grande somme, veut acheter pour la moindre qui est comprise dans la plus grande.<sup>1</sup>

La rationalité de cette doctrine a paru à nos jurisconsultes modernes devoir en assurer la consécration. Ils admettent, en conséquence, la validité de la vente au prix demandé par le vendeur, et reconnaissent aux parties le droit d'en contraindre l'exécution.

87. — Le consentement respectif doit-il également intervenir, dès l'origine du contrat, sur les clauses-conditions? Peut-on se réserver à s'en entendre plus tard? Le défaut d'entente entraînerait-il la nullité de la vente?

La solution de ces questions nous paraît subordonnée au caractère de la clause-condition. Il est évident que si elle est telle que l'un des contractants lui ait subordonné la naissance de l'engagement, il faut dire avec MM. Delamarre et Lepoitvin que la vente n'existera que par l'accord des volontés qui seul créera cet engagement.

Mais devrait-on le décider ainsi lorsque la vente parfaite par la réunion des conditions requises, la clause-condition ne se réfèrera plus qu'au mode d'exécution à donner au contrat?

Cette distinction, nous la rencontrons dans le droit italien. Casaregis nous enseigne, en effet, qu'autres choses sont les pactes *substantialia*, autres choses *pacta accidentalia*.

*Accidentaliam dicuntur*, continue notre auteur, *quæ*

<sup>1</sup> Vente, n° 36.

*præter tria substantia rei, pretii et consensus apponuntur in contractu emptionis, et tali casu possunt conferri in arbitrium tertii et contrahentis, ideoque contractum emptionis in quo intervenerunt, res, pretium et consensus, licet illi adjiciatur a contrahentibus, con li patti e condizioni, e cautele, che si aggiusteranno d'accordo tra li contraenti, perfectum esse et valere dixit Rota decisio 57, parte 4, toma 2.*

88. — La même Rote, dans sa 307<sup>me</sup> décision, à la question qu'elles étaient les conditions *de quibus contrahentes potuerunt aggiustere*, répond : *Ea nempe esse rem libere tradere, dare fidejussores evictionis, vel saltem pro assecuratione pretii, mensurationem, liquidationem in quibus si partes discordarent, ea remitti debeant ad officium judicis.*<sup>1</sup>

Rien dans notre droit ne répugne à cette distinction et à ses conséquences. La vente est aujourd'hui ce qu'elle a toujours été, un contrat consensuel, valable dès qu'il y a concert sur la chose et sur le prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.<sup>2</sup>

Comment donner dès-lors aux difficultés que la délivrance ou le paiement du prix pourrait faire naître l'effet de dégager les parties de leur engagement respectif. La vente faite sans que les parties eussent réglé l'une et l'autre en serait-elle moins une vente? Dès-lors, s'il

<sup>1</sup> *Disc. 34, nos 4 et suiv.*

<sup>2</sup> Art. 1585, C. Nap.

est loisible aux parties de se taire à ce sujet, comment leur interdire de se réserver à en convenir plus tard ?

Nous convenons avec MM. Delamarre et Lepoitvin que l'homme ne saurait faire que le contrat existe, s'il y introduit une seule stipulation contraire à l'essence de ce contrat, ou s'il en exclut un seul des éléments qui le constituent.

Mais, loin d'y puiser la nécessité de repousser la doctrine de la validité de la vente, nous en déduisons comme conséquence logique la légalité de son maintien. En effet, en quoi la réserve de s'entendre plus tard sur la livraison ou sur le mode de paiement du prix est-elle contraire à l'essence de la vente ? En quoi en contrarie-t-elle les éléments constitutifs ?

Est-il raisonnable d'assimiler un discord sur le mode de paiement à celui qui existerait sur la chose, sur le prix, et c'est ce que MM. Delamarre et Lepoitvin n'hésitent pas à admettre. Quand, disent-ils, je consens à vous livrer mes sucres moyennant 3000 francs et que vous consentez à m'en donner cette somme, nous sommes en accord parfait sur la chose, le prix et la convention d'acheter et de vendre. Cependant, *nil actum dicitur* si vous voulez me faire consentir à recevoir les 3000 francs en numéraire et que je persiste à les vouloir en papiers sur Lisbonne ; il faut que l'un de nous conforme sa volonté à la volonté de l'autre, et l'erreur en ce point ne serait pas un moindre obstacle à la formation du contrat, qu'un dissentiment déclaré sur la chose ou le prix.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> T. 5, n° 111.

C'est qu'en réalité, dans l'espèce supposée par nos auteurs, il y aurait désaccord sur le prix lui-même. Si, en indiquant celui de 3000 francs, j'ai ajouté payables en papier sur Lisbonne, c'est que j'ai entendu mettre à la charge de l'acheteur les frais d'achat de ce papier, sans quoi j'aurais ajouté leur montant aux 3000 francs. L'offre de payer en numéraire ne me donne donc pas ce que je demandais, pas même les 3000 francs, puisque j'aurais à en prélever l'escompte que me coûtera l'achat du papier qui m'est indispensable.

Il y a donc, en cet état, désaccord non sur une condition accidentelle, mais sur le prix lui-même, par conséquent pas de vente tant que nous n'aurons pas réglé le différend qui nous divise.

C'est précisément ce qui se réalisait dans l'espèce de l'arrêt cité par MM. Delamarre et Lepoitvin. Un négociant suédois expédie un navire au Havre, à la consignation d'une maison de Paris, avec mandat de le vendre au prix de 20,000 fr. ou 40,000 mars banco, *outré les frais de retour de l'équipage, et les droits dus à la couronne de Suède dans le cas où le retour du navire ne s'effectuerait pas*, ce mandat était donné en juillet 1803.

La maison de Paris offre d'acheter pour son compte. Une correspondance s'engage et il paraît que des observations sont faites sur le retour du navire en Suède.

Plus tard, la maison de Paris offre d'armer le navire pour lui faire opérer son retour en Suède, ce qu'elle exécute, et ce qui était approuvé par le négociant suédois écrivant le 15 février 1804. « Aussitôt que le navire sera arrivé  
« dans un port suédois (avant lequel temps, le contrat

« d'achat ne peut vous être légalement expédié, ) un pareil acte de propriété vous sera remis ; en attendant, ceci vous servira de sûreté pour considérer ce navire comme votre propriété. »

Mais au moment où cette lettre était écrite, le navire avait péri. La maison de Paris qui, avant sa réception, avait envoyé les 40.000 mars banco, en demande la restitution, elle soutient que la vente n'avait été convenue que le 15 février 1804, et qu'à cette époque la perte de la chose antérieurement accomplie l'avait rendue impossible ; que par conséquent cette perte était restée à la charge du prétendu vendeur.

C'est ce que la Cour de Poitiers avait admis, c'est ce qu'elle ne pouvait pas ne pas admettre, car à la suite des observations de la maison de Paris, celle de Suède avait écrit : *Pour éviter toute chicane, il ne sera plus question de ce marché, et que le voyage ait été heureux ou malheureux nous prenons tout sur notre compte.*

Voilà donc le mandat de juillet 1803 révoqué, et l'intention de vendre expressément rétractée. Il fallait donc, si on revenait à l'un et à l'autre, s'en expliquer de nouveau, et c'est ce qu'on faisait seulement le 15 février 1804, il était dès-lors impossible que la vente eût existé avant.

La Cour de Poitiers avait donc sainement apprécié les faits, et justement déclaré la vente nulle par application de l'article 1601 du Code Napoléon. Aussi le pourvoi contre son arrêt était-il rejeté par la Cour de cassation, le 5 frimaire an XIV.

C'est là, s'il en fut jamais, un simple arrêt d'espèce,

n'ayant d'autre valeur que celle que lui donnaient les faits du procès. Qu'auraient fait les Cours de cassation et de Poitiers, que décideraient MM. Delamarre et Lepoitvin dans l'hypothèse suivante.

Je vends et vous achetez pour 3,000 fr. une partie de marchandises, sous réserve de nous entendre plus tard sur le paiement. Le moment de régler venu, j'exige des valeurs, vous m'offrez du numéraire, est-ce que ce discord pourra faire que la vente n'ait pas régulièrement et valablement existé? Est-ce que quelqu'un oserait soutenir qu'elle doit être annulée? Une pareille prétention ne méconnaîtrait-elle pas le caractère de la vente? Pourrait-elle se concilier avec cette règle, *non pretii numeratio, sed conventio, facit emptionem*.

La pratique ne s'y est pas trompée et chaque jour les tribunaux appliquent notre doctrine. Chaque jour les vendeurs, sans s'en être expliqués avec l'acheteur, stipulent que le prix sera payé à leur domicile. A la réception de la facture, ce dernier réclame et ne veut payer qu'à son propre domicile. Or, le lieu du paiement est une condition non moins importante que celle qui en détermine le mode. Si le défaut d'entente actuelle sur celle-ci a empêché la vente d'exister, il doit en être de même du défaut d'entente sur celle-là. Cependant a-t-on jamais en cet état demandé aux tribunaux autre chose que de régler le lieu du paiement?

89. — Les principes n'ayant pas changé, les conséquences ne pouvaient différer. La vente étant parfaite par le concours des volontés sur le caractère du contrat,

sur la chose et sur le prix, les parties se trouvent respectivement liées et peuvent se contraindre à exécuter leur engagement, alors même qu'elles auraient omis, négligé ou réservé de s'entendre sur les clauses-conditions.

A la condition néanmoins que ces clauses-conditions purement accidentelles ne puissent et ne doivent exercer aucune influence sur l'essence du contrat.

Avec la Rote de Florence nous considérons comme telles celles qui se réfèrent au mode, à l'époque et au lieu du paiement, aux garanties dont sa réalisation peut devenir la cause ; au mode, à l'époque et au lieu de la délivrance, au pesage, comptage ou mesurage, à la dégustation. Le défaut de convention à ce sujet n'aurait d'autre résultat que de soumettre les parties aux dispositions dans lesquelles le législateur a pourvu aux unes et aux autres.

Si on peut les omettre, on peut à plus forte raison réserver de s'en entendre. Le discord qui se manifesterait au moment du règlement ne pourrait annuler une vente dont il n'affaiblirait et ne modifierait ni le caractère ni l'essence.

Son unique effet serait d'en suspendre l'exécution jusqu'à la décision du juge, dont l'intervention ne saurait être ni repoussée ni contestée.

90. — Les clauses-conditions touchant à l'essence de la vente doivent être arrêtées et convenues au moment du contrat. Le défaut d'accord en ce qui les concerne altérerait le consentement soit sur le caractère du contrat, soit sur la chose, soit sur le prix.



En effet, suivant la définition de la Rote romaine, *Pacta substantialia ea dicuntur quæ stant loco alicujus partis substantialis contractus, ut ea quæ augent vel diminuunt rem vel pretium, ut obligatio in emptione aliquid faciendi, dandi, seu pactum redimendi aut annuum præstandi et similia quorum intuitu contrahentes realiter pretium rei vel auxerunt vel dimi-  
nuerunt ; quæque per consequens dicuntur vere pars contractus vel pretii, et tunc non videantur, tanquam pars pretii considerata, posse referri ad arbitrium ementis vel contrahentium.*<sup>1</sup>

Cette règle et ses conséquences font une exacte et saine appréciation du caractère de la vente et des exigences qu'il requiert. Pourrait-on reconnaître ce contrat si la chose ou le prix n'avait pas été convenu et arrêté, s'il n'y avait pas eu concours des volontés sur le reméré ou sur la prétention de se soumettre à une prestation annuelle.

Des conditions de ce genre constituent la vente ; se réserver de s'en entendre plus tard, c'est contrevenir à tous les principes, et vouloir que la vente ait existé avant l'entente réciproque sur la chose, le prix et le caractère du contrat. La nullité de celui-ci, en tant que vente, ne pourrait souffrir ni difficultés ni doutes.

91. — Le dol, la fraude, la violence, l'erreur enlèvent au consentement qu'ils déterminent cette spontanéité et cette liberté au prix desquelles il devient le fondement d'un lien légal et obligatoire.

<sup>1</sup> Casaregis, *Disc.* 54, n° 9.

Le dol, la fraude, la violence agissent d'une manière péremptoire et absolue. Le contrat qui en a été la conséquence immédiate et directe est atteint d'un vice radical. Il n'a qu'une apparence que la preuve de l'existence de ce vice fera évanouir. La vente qui en serait entachée serait annulée et résiliée à la demande de la partie lésée.

Que si l'auteur du dol, de la fraude ou de la violence, tombant dans son propre piège, éprouvait un dommage de l'opération dont il s'était promis un profit, il devrait le subir. Sa demande en résiliation, fondée sur sa propre turpitude, ne serait ni recevable ni admissible en équité, en morale et en droit.

92. — L'erreur n'annule la vente que si elle l'a seule déterminée, de telle sorte que la connaissance de la vérité eût empêché la partie de traiter. Or, il est difficile d'assigner ce caractère à toute autre qu'à celle qui porte sur la substance du contrat.

Serait-il permis d'hésiter sur l'intention de celui à qui on aurait livré du cuivre pour de l'or, de l'orge pour du blé, du vinaigre pour du vin.

Or, de deux choses l'une, ou le vendeur n'a réellement entendu vendre que du cuivre, de l'orge et du vinaigre, et dans ce cas l'acheteur voulant acheter de l'or, du blé ou du vin, il n'y a jamais eu entente sur la chose devant faire la matière du contrat, et la vente est nulle.

Ou le vendeur a agi de mauvaise foi et sciemment substitué ce qu'il livre à ce qu'il avait vendu. Il a dans ce cas commis un délit atteint par la loi pénale, et il ne pourrait être que ce délit devint l'origine d'un droit pour

son auteur, d'une obligation pour celui qui en a été la victime.

93. — La vente est donc nulle si l'erreur a porté sur une des conditions substantielles de la vente. Mais, observe M. Troplong, quant aux qualités de la chose, il n'est pas facile de distinguer ce qui est substantiel et ce qui est seulement accidentel. Le moyen le plus sûr sera de recourir à la volonté des parties, au but qu'elles se sont proposées en contractant. Si la qualité de la chose vendue, bien qu'accidentelle, a fait l'objet d'une stipulation expresse et a été représentée comme un motif déterminant pour l'acheteur, elle deviendra substantielle, et si elle manque, la vente sera destituée d'un consentement valable.<sup>1</sup>

Il est évident, en effet, que telle qualité, qu'on serait tenté de considérer comme indifférente, aura peut-être seule déterminé l'acheteur à contracter. Or, comment pourra-t-il mieux témoigner de l'intérêt qu'il y attachait, qu'en faisant insérer au contrat une clause expresse de garantie.

Cette garantie pourrait n'avoir d'autre résultat qu'une diminution du prix ou toute autre allocation de dommages-intérêts, mais le maintien de la vente ne serait ni juste ni légal si, sans la qualité garantie, la partie n'eût pas contracté. M. Troplong a donc raison, c'est par son intention au moment du contrat, et eu égard à la nature de la chose, que le litige doit être apprécié, et la vente annu-

<sup>1</sup> *Vente*, n° 15.

lée, quelle que soit la qualité promise, si, en fait, son existence a déterminé le consentement que son défaut eût fait refuser.

94. — La justice ne saurait non plus faire abstraction des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi le traité. Elles peuvent, non-seulement faire apprécier l'intention réelle de l'acheteur, mais encore créer une fin de non-recevoir contre sa demande en nullité.

Si l'erreur pouvant être plus ou moins facilement reconnue, la chose lui a été soumise avant le traité ; s'il a pu la vérifier et s'il l'a fait ; si la chose étant en sa possession il a exécuté le contrat sans réclamation ni réserve, pourrait-il plus tard se plaindre avec quelque apparence de raison et révoquer en doute la bonne foi du vendeur ?

L'examen, la vérification avant la vente ne seraient d'aucune considération s'ils n'ont pas empêché l'acheteur de se faire garantir expressément la qualité prétendue. Mais la certitude de leur existence et l'absence au contrat de toute clause de garantie feraient repousser la demande en nullité, c'est ce que la Cour de Paris jugeait le 17 juin 1843.

C'est surtout dans les ventes d'objets d'art que naîtra souvent la difficulté que nous examinons. On sait, par exemple, la valeur que le nom du peintre donne aux tableaux. Or, voici l'espèce de l'arrêt de la Cour de Paris.

Un sieur Varisco propose au sieur Perrégaux de lui vendre quatre tableaux qu'il attribue, deux à Claude Lorrain, un à Andréa del Sarto, et le dernier, une ma-

rine, à Vernet. Perrégaux se rend plusieurs fois chez le marchand, examine les tableaux, les fait examiner par des artistes et des amateurs dont il se fait accompagner, le marché est ensuite conclu au prix de 46,000 francs, payables 40,000 francs comptant, 6,000 francs en un billet à courte échéance.

Les tableaux sont immédiatement livrés, et, quelques jours après, le prix en est réglé conformément aux accords.

Plus tard, le sieur Perrégaux prétend faire résilier le marché parce que les tableaux n'étaient pas des maîtres désignés, il demande préparatoirement une expertise qui est en effet ordonnée par le tribunal.

Mais, sur l'appel, arrêt infirmatif qui déclare l'action en résiliation non-recevable : « Attendu que les tableaux  
« n'ont été vendus et livrés qu'après différentes visites  
« dans lesquelles l'intimé les a vus et fait voir par des  
« gens à ce connaissants; qu'après la livraison, anté-  
« rieurement au paiement, il les a eus en sa possession  
« pendant plusieurs jours, pendant lesquels il a pu en-  
« core les examiner et les faire examiner tout à son aise;  
« qu'il en a ensuite payé le prix en totalité, savoir : la  
« majeure partie en espèces, et le surplus en un bon à  
« courte échéance; et que lorsqu'un marché est ainsi  
« consommé des deux parts et avec une telle maturité,  
« il ne peut pas être permis à l'un des contractants, sous  
« prétexte d'erreur, de revenir contre, sans ébranler la  
« foi de toutes les conventions; qu'il ne s'agit pas d'un  
« vice caché; que l'appelant, en énonçant ce qu'il pen-  
« sait sur le nom des auteurs des tableaux, n'a rien ga-

« ranti à cet égard et n'a pas fait dépendre de cette condition le sort de la vente. »

95. — On a essayé de faire un principe du reproche que cet arrêt faisait à l'acheteur. Ainsi, dans une autre espèce, on soutenait, devant la Cour de Douai, qu'un marchand de tableaux n'est jamais, à moins d'une stipulation expresse, censé garantir l'identité des maîtres sous le nom desquels les tableaux sont vendus, car il peut être trompé lui-même sur la véritable origine; que c'est donc à l'acheteur à la vérifier, et s'il manque à ce devoir, ou s'il se trompe, il n'en peut rejeter la faute sur le vendeur.

Ce système pouvait invoquer la position que les principes généraux du droit font aux contractants, chacun d'eux n'a d'autre mission que de protéger ses intérêts. Dès-lors, l'acheteur d'un tableau, s'il n'est capable de juger de son mérite, doit, avant de conclure, exiger cette expertise qu'il sollicitera plus tard pour faire résilier le marché, tout au moins doit-il stipuler la clause de garantie; et s'il n'a fait ni l'un ni l'autre, il ne pourra exciper de l'erreur sans se convaincre de négligence.

Mais serait-il possible d'autoriser le vendeur à reprocher à l'acheteur la loyauté et la bonne foi qu'il a peut-être poussée trop loin, et à le faire punir de la confiance qu'il a eue en sa parole? Et si la garantie a été exigée et promise, faudrait-il en refuser les effets parce que, au lieu d'être donnée par écrit, elle l'a été autrement?

96. — La Cour de Douai ne le pense pas ainsi, et, par arrêt du 27 mai 1846, elle annule la vente : attendu qu'il est aujourd'hui constant que *la Halte devant une auberge* n'est pas de Wouwermans, et que cette toile qui, d'après les enquêtes, serait entrée dans le marché pour une valeur de 5,000 francs au moins, vaut tout au plus 1500 francs; qu'il n'est pas moins constant que c'est en garantissant la sincérité de cette origine que le vendeur a surpris le consentement de l'acheteur, et que c'est uniquement en considération du maître dont le premier affirmait que le tableau était l'ouvrage, que ce dernier a traité; que, dans ces circonstances, il est évident que l'erreur a porté sur la substance même de la chose vendue, et que par suite le traité doit être annulé.<sup>1</sup>

Ainsi, quel que soit le point sur lequel l'erreur a existé, il n'y a pas de vente s'il est certain que, sans la fausse croyance qu'elle a inspirée, le contrat n'aurait pas été conclu. Cette certitude, dont la recherche et la constatation sont laissées à l'arbitrage souverain des juges, peut résulter de l'intention des parties, de la nature de la chose vendue, des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le marché.

97. — Les brevets d'invention donnent lieu à des transactions plus ou moins nombreuses. Il n'est pas rare de voir le propriétaire céder et vendre son droit en totalité ou en partie.

<sup>1</sup> J. D. P., 2, 1846, 656.

Ce qui fait la matière de ces ventes, c'est non-seulement le droit d'exploiter l'industrie brevetée, mais encore le monopole qui résulte du brevet lui-même, d'où la conséquence que si cette industrie ne peut offrir de résultats on n'était pas brevetable, la convention manquerait de son élément essentiel et devrait être résiliée, l'erreur existerait sur la substance même de la chose. L'acheteur devrait dès-lors en être relevé.

98. — La jurisprudence nous offre de nombreux exemples d'application de cette règle. La Cour de Grenoble, notamment, annulait la vente d'une méthode de calligraphie, par arrêt du 14 août 1833, par les motifs que cette méthode ne pouvait produire les résultats promis; que d'ailleurs les moyens employés tenant beaucoup plus à l'adresse et l'intelligence de celui qui recevait l'enseignement, qu'à celui qui le donnait, et étant dès-lors purement intellectuels, n'avaient pu devenir la matière d'un brevet d'invention.

Devant la Cour de cassation, on reprochait à cet arrêt : 1° d'avoir été incompétemment rendu et de renfermer un excès de pouvoirs, et la violation des lois sur les brevets d'invention, en ce que, s'agissant d'un acte administratif, l'administration avait seule qualité pour en apprécier les effets. Sans doute les tribunaux sont aptes à juger les questions de déchéance du brevet, mais ils ne peuvent décider que l'invention brevetée n'était pas susceptible de l'être ;

2° D'avoir faussement appliqué les articles 1128 et 1131 du Code Napoléon, en ce qu'il avait annulé pour



défaut de cause une invention qui avait pour base une méthode brevetée, encore que l'existence de cette méthode fût prouvée par la délivrance du brevet.

99. — Mais, par arrêt du 21 février 1837, le pourvoi fut rejeté. La Cour régulatrice repousse le premier moyen, attendu que les lois des 7 janvier et 25 mai 1791 ne garantissent nullement la réalité des inventions qu'elles autorisent à breveter; que, loin de là, l'article premier de cette dernière dispose expressément que les patentes nationales, sous la dénomination de brevets d'invention, seront délivrées sans examen préalable, et que l'arrêté du gouvernement du 5 vendémiaire an IX, ne voulant laisser aucun doute à cet égard et prévenir l'abus que les brevetés pourraient faire de leur titre, a exigé, article 2, qu'il fût inséré par annotation, au bas de chaque expédition, la déclaration que le gouvernement, en accordant un brevet sans examen préalable, n'entendait garantir en aucune manière ni la priorité, ni le mérite, ni le succès de l'invention; qu'il suit de là que lorsqu'un brevet est obtenu, sa priorité et le mérite de l'invention rentrent dans le droit commun, et que les difficultés qui peuvent en naître sont du ressort des tribunaux auxquels il appartient précisément d'en connaître.

Elle repousse le second moyen, attendu qu'en constatant que la méthode cédée ne saurait avoir les résultats promis, l'arrêt déclare que ces résultats ont fait la base d'un contrat qui demeurerait ainsi sans cause par la non existence de la chose cédée; qu'en le décidant ainsi, la Cour s'est livrée à une appréciation des faits du procès

qui échappe à toute censure, et qu'en cassant et annulant la cession, loin d'avoir violé les articles 4428 et 4431, elle en a fait au contraire une juste application.<sup>1</sup>

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 août 1844, la vente portait : *le cessionnaire est mis purement et simplement au lieu et place de l'inventeur, sans aucun recours contre lui pour la restitution du prix de vente ou cession, laquelle est faite aux risques et périls du cessionnaire*. On excipait de cette clause pour soutenir que le vendeur n'avait garanti que l'existence du brevet au moment du contrat ; que le cessionnaire avait donc pris à sa charge le plus ou moins de chances de son efficacité, dont il avait eu le tort de ne pas s'assurer avant de traiter. On soutenait en d'autres termes que la clause de non garantie donnait à l'acheteur, vis-à-vis de l'inventeur, la position que la même clause faisait à celui-ci à l'égard du gouvernement.

On supposait donc entre les deux contrats une analogie qui ne saurait exister, observe avec raison M. E. Blanc.  
 « En accordant un brevet, le gouvernement ne consacre  
 « aucun droit, il ne fait que constater la priorité de la  
 « demande, il suppose seulement la qualité et le mérite  
 « de l'invention. Mais quand le breveté cède son privi-  
 « lège, il ne suppose pas, il affirme, et le cessionnaire ne  
 « contracte que sur la foi de cette affirmation. Son in-  
 « tention est d'acquérir un privilège valable, en un mot,

<sup>1</sup> *J. D. P.*, 2, 1842, 585 ; Conf., Cass., 21 avril 1840 ; 15 février 1842, 22 août 1844, *ibid.* ; 2, 1840, 588 ; 2, 1842, 584 ; 2, 1844, 672 ; Nîmes, 21 décembre 1829 ; Grenoble, 12 juin 1850, et 27 mai 1831.

« un brevet, un droit exclusif; la commune intention des  
 « parties serait donc méconnue ainsi que l'équité, si,  
 « dans le cas où sa bonne foi a été trompée, on lui refu-  
 « sait son droit contre son cédant.<sup>1</sup> »

C'est donc avec toute raison que la Cour de Grenoble considérait que la clause de non garantie, insérée au contrat, s'entendait exclusivement du plus ou moins de bénéfice que pourrait rapporter la cession, et non de la validité de la cession elle-même; qu'il n'a pu être ni dans l'intention du vendeur, ni dans celle de l'acquéreur de vendre une chose imaginaire ne pouvant produire aucun résultat; que tout cédant, même à risques et périls, ne garantit point le produit et la valeur de la chose cédée, mais garantit le titre lui-même; que le présent arrêt, conforme à la jurisprudence, statuant que le prétendu brevet cédé n'était pas une cause vraie, un titre valide, l'erreur tombe non sur la valeur vénale, mais sur l'existence du titre lui-même; qu'ainsi la clause énoncée ne peut arrêter la garantie due par le cédant.

Le caractère rationnel et juridique de ces considérations ne laissait au pourvoi aucune chance de réussite. Aussi, comme nous venons de l'indiquer, était-il rejeté par arrêt du 22 août 1844.

La déchéance du brevet judiciairement consacrée produirait, quant à la vente, un effet identique à celui qui se déduit du défaut de résultats. Il est évident en effet, ainsi que l'observe M. Etienne Blanc, que l'acheteur n'a d'autre intention que celle d'acheter un privilège valable, un

<sup>1</sup> *Code des inventions*, p. 256; de la *Contrefaçon*, p. 62.

droit exclusif. L'erreur à ce sujet tomberait sur la substance même de la chose et vicierait un consentement que la connaissance de la vérité eût certainement empêché.

La résiliation de la vente lui fait perdre tous ses effets et en rend toute exécution impossible, pour l'avenir surtout; l'acheteur se trouve naturellement délié de toute obligation quant au prix, il ne pourrait être contraint de payer ce qu'il devrait encore, les valeurs qu'il aurait souscrites en règlement devraient lui être restituées? Pourra-t-il exiger le remboursement de ce qu'il aurait déjà payé?

L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté si la résiliation a pour fondement le défaut de résultats du brevet. Les tentatives infructueuses auxquelles le cessionnaire s'est livré, loin de constituer pour lui un profit, lui ont occasionné une perte, ne fut-ce que celle de son temps, de ses peines et soins. Sous quel prétexte pourrait-on dès-lors lui refuser de droit d'exiger la restitution de ce qu'il a payé sur le prix?

La résiliation pour déchéance du brevet ne fera pas que jusqu'au moment où elle a été poursuivie et ordonnée, la chose vendue n'ait été en la possession de l'acheteur; que son exploitation ne lui ait procuré un bénéfice plus ou moins considérable? Serait-il dès-lors juste de l'autoriser à cumuler ce bénéfice avec celui qui résulterait de la restitution du prix?

Les effets de la résiliation ne sont rigoureusement acquis que lorsque, par la nature même des choses, les parties peuvent être remises en l'état où elles étaient avant l'acte. Mais on ne saurait faire abstraction de l'exécution de fait que cet acte a reçu et qui pourrait, si l'on

n'en tenait aucun compte, enrichir l'un au détriment de l'autre, aussi si l'acquéreur d'un immeuble est restitué du prix, doit-il rendre lui-même les fruits perçus jusqu'à sa résiliation.

Le même principe devrait conduire à une conséquence identique dans la résiliation de la cession d'un brevet pour cause de déchéance, et le cessionnaire devrait, dans une certaine limite, rendre raison du profit qu'il aurait tiré de l'exploitation du brevet.

Il est évident en effet que ce profit est dû non pas seulement à cette exploitation, mais encore à l'industrie personnelle du cessionnaire, aux peines et soins qu'il lui a donnés, aux matières premières qu'il a fournies, toutes choses fort étrangères au cédant, et sur lesquelles il n'a jamais rien eu à prétendre.

Les tribunaux devraient donc faire à chacun la part qui lui est due. Si, en fait, l'exploitation du brevet jusqu'à la déchéance a produit un bénéfice, il faut en tenir compte au cédant, et tout en prononçant la résiliation pour l'avenir, fixer l'indemnité qu'il recevra, soit par restitution, soit par compensation avec le prix qu'il sera obligé de rembourser.

100. — L'époque à laquelle se réalise le concours légal des volontés ne saurait être douteuse dans la vente entre présents. Dès que la parole est échangée, qu'il y a accord sur la chose et sur le prix, la vente est parfaite et acquise.

Mais, en commerce, les achats et ventes se traitent bien souvent entre absents et par correspondance. Il est donc

utile et même indispensable de rechercher à quel moment le contrat a, dans ces circonstances, acquis sa perfection.

Si la validité de la vente par correspondance a pu être contestée en droit commun,<sup>1</sup> aucun doute ne saurait exister en commerce. L'article 409 du Code de commerce, en admettant comme preuve de la vente l'acte sous seing privé et la correspondance, exclut l'assimilation de celle-ci à celui-là, et par conséquent toute prétention d'appliquer à cette dernière la disposition de l'article 1325 du Code Napoléon.

401. — L'unique difficulté consiste donc à déterminer à quel moment on devra fixer la réalisation du concours des volontés, sans lequel la vente n'a jamais pu exister.

Or, une lettre missive, dit M. Troplong, est la pensée fixée par écrit et envoyée à celui qui est absent; elle rapproche les individus et les met pour ainsi dire en présence.<sup>2</sup> Cela n'est absolument vrai qu'après la réception de la lettre par celui à qui elle est adressée, et qui ne peut être initié à la pensée de l'écrivain que par sa lecture.

De là cette première conséquence, qu'il faut que celui-ci ait persisté dans sa volonté jusqu'au moment de la réception et de la lecture de la lettre. S'il en change avant,

<sup>1</sup> Toullier, t. 8, n° 315. Duranton, t. 16, n° 44. *Vid.* Merlin, *Rép. vis Double écrit*. Troplong, *Vente*, n° 21.

<sup>2</sup> N° 22.

ce qu'il est libre de faire, il n'y aura plus de vente possible.

Je peux, dit M. Troplong, révoquer les promesses faites dans une lettre écrite et expédiée, mais non pas lue par celui à qui je l'adresse, de même que je ne suis pas lié par les paroles proférées, mais non entendues par la personne avec laquelle je traite verbalement.<sup>1</sup>

Ainsi, si le besoin ou la convenance de rétracter la proposition faite par lettre se manifestant promptement, j'ai le moyen de vous aviser que je la retire, tout est fini. Ma lettre est non avenue, et toute acceptation de votre part resterait sans résultat, sans effets possibles.

102. — Le principe que l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'est pas connue de celui à qui elle est adressée étant admis, ses effets ne peuvent être subordonnés à la réception de la lettre de rétractation. Que cette réception précède, accompagne ou suive celle de la lettre d'offre, celle-ci n'en est pas moins valablement rétractée. Qu'importe, en effet, que la première ait été écrite le jour, le lendemain ou le jour suivant, si, en fait et à raison de la distance, elle l'a été à une époque où cette dernière n'avait pu encore être rendue à son destinataire.

C'est ce que Pothier admettait lorsqu'il enseignait la nécessité de la persistance du consentement jusqu'au moment où la partie a *déclaré qu'elle acceptait le*

<sup>1</sup> N° 24

*marché*. Or, pour exprimer cette volonté, il faut de toute nécessité avoir été mis en position de le faire, ce qui ne peut résulter que de la réception et de la lecture de la lettre qui proposait le marché. Donc, si au moment de cette réception la proposition avait déjà été retirée, la condition ne se rencontre plus, il n'y a pas eu persistance du consentement jusqu'au moment requis, et par conséquent de vente possible.

Pothier ne veut pas qu'on se trompe sur sa doctrine, voici l'application qu'il en fait lui-même :

« Si j'ai écrit à un marchand de Livourne une lettre dans laquelle je lui proposais de me vendre une certaine partie de marchandises, pour un certain prix, et qu'avant que ma lettre ait pu lui parvenir je lui en ai écrit une seconde par laquelle je lui marquais que je ne voulais plus cette emplette, ou qu'avant ce temps je sois mort, ou que j'aie perdu l'usage de la raison, quoique le marchand de Livourne, au reçu de la première lettre, ignorant ou mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence, ait fait réponse qu'il acceptait le marché proposé, néanmoins il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de vente, car ma volonté n'ayant pas persévéré jusqu'au temps que le marchand a reçu ma lettre et accepté la proposition qu'elle contenait, il ne s'est pas rencontré un consentement ou concours de nos volontés, nécessaire pour former le contrat de vente.<sup>1</sup>

103. — Ainsi, la faculté de retirer la proposition ne

<sup>1</sup> N° 32.



saurait être méconnue ni contestée, tant que la lettre renfermant celle-ci n'a pu arriver, et n'est pas encore arrivée à son destinataire. Mais suffit-il pour qu'elle ne puisse s'exercer, que la lettre étant arrivée, la proposition ait été acceptée? Faut-il au contraire que cette acceptation ait été connue de celui qui l'a provoquée?

Comme l'observe M. Troplong, Pothier semble se prononcer dans le premier sens. Mais n'est-ce pas là repousser la conséquence logique du principe. La parole n'engage que lors qu'elle a été donnée et reçue respectivement, et comment reconnaître l'existence de cette condition, tant que la lettre qui la renferme est encore un secret, et par conséquent est censée ne pas exister pour l'une des parties.

Aussi, M. Troplong n'hésite-t-il pas : « Une offre faite par lettre, enseigne-t-il, peut-être rétractée jusqu'à acceptation de la part de celui à qui elle est adressée; tant que l'écrivain n'a pas reçu une réponse, il peut se dédire.<sup>1</sup> »

« Le proposant, estime de son côté M. Pardessus, peut se rétracter le lendemain, le surlendemain de la lettre, en un mot, avant l'arrivée de la réponse du correspondant.<sup>2</sup> »

404. — M. Duranton, au contraire, attache le sort de la vente au seul fait de l'acceptation. Elle est parfaite, dit-il, si le changement de volonté de l'auteur de la pro-

<sup>1</sup> N° 23.

<sup>2</sup> N° 230.

position, sa mort ou sa démence n'avait eu lieu que depuis que l'autre partie aurait manifesté son adhésion à la proposition, par l'envoi des marchandises, ou par une réponse, encore bien que la marchandise ou la réponse ne fût point encore parvenue à sa destination au moment du changement de volonté, de la mort ou de la démence; car il y aurait eu concours des volontés, quoique l'auteur de la proposition ne connût pas celle de l'autre partie au moment de sa mort, de sa démence ou de son changement de volonté.<sup>1</sup>

405. — Mais qui empêche l'expéditeur d'arrêter les marchandises en cours de voyage, de les faire rétrograder, de leur donner une toute autre destination? Quel moyen aurait l'auteur de l'offre pour contraindre l'exécution d'un marché forcément resté pour lui à l'état de proposition.

Celui à qui elle est adressée aurait-il répondu qu'il l'acceptait? Mais, à son tour, il peut demain ne plus vouloir ou n'être plus à même de vouloir ce qu'il voulait et croyait pouvoir faire hier. Lui contestera-t-on le droit de se dédire, s'il est impossible de ne pas le concéder au proposant?

Or, que celui-ci puisse se rétracter tant que sa lettre n'a été ni lue ni reçue par son destinataire, nous venons de l'établir, et personne ne le conteste, car on n'aurait pu le faire sans méconnaître le caractère de la lettre missive.

<sup>1</sup> T. 16, n° 45.

Cette lettre, dit Merlin, n'étant qu'une série de paroles adressées à un absent, reste sans effets possibles tant que celui à qui ces paroles sont adressées ne les a pas entendues, comme elles seraient sans effets si, étant adressées à une personne présente, cette personne était, par une cause physique, hors d'état de les entendre.

Or, continue Merlin, comment une personne absente peut-elle entendre les paroles qui lui sont adressées? Elle ne peut certainement les entendre que par la lecture de la lettre qui lui est adressée et qui les contient. La lettre par laquelle je contracte une obligation ne peut donc remplir son objet qu'autant que je puis être censé persister, au moment où elle arrive, dans la volonté que j'avais en l'écrivant.

Dès-lors, conclut Merlin, celui qui a d'abord accepté l'offre qui lui est faite, peut modifier son acceptation, la rétracter même, tant que la lettre qui l'annonçait n'est pas encore arrivée aux mains de son destinataire. Conformément à ces conclusions, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rouen qui l'avait ainsi jugé.<sup>1</sup>

L'opinion de M. Duranton atteint donc à ce résultat, que l'auteur de l'offre serait lié par l'acceptation, tandis que celui qui l'aurait donnée le serait encore si peu qu'il pourrait la rétracter. Une pareille anomalie ne saurait être admise, un contrat ne saurait être parfait pour l'un, imparfait pour l'autre, et puisque l'obligation de l'acceptant n'est acquise qu'à la réception de la lettre qui l'an-

<sup>1</sup> *Rép.*, v<sup>o</sup> *Vente*, § 1, art. 5, n<sup>o</sup> 11 bis.

nonce, celle de l'auteur de la proposition ne reconnaît et ne peut reconnaître un autre point de départ. Il peut donc jusque-là retirer sa proposition, comme l'autre partie revenir de son acceptation.

406. — Qu'arriverait-il si celui à qui on demande telle marchandise, pour un tel prix, expédiait immédiatement cette marchandise sans répondre autrement.

Le principe que nous venons de rappeler résout cette question, l'auteur de l'offre aurait incontestablement le droit de la retirer jusqu'à réception de l'avis de l'expédition, et si en fait il l'a retirée avant, il n'y a jamais eu de vente.

Néanmoins Pothier estimait que dans cette hypothèse le correspondant qui, dans l'ignorance du changement de volonté, de la mort ou de la démence, avait fait partir les marchandises demandées, était fondé à contraindre l'exécution du marché contre l'auteur de la demande, ses héritiers ou ses représentants.

Mais ce résultat, Pothier l'induisait, non comme conséquence d'une vente qu'il enseigne n'avoir jamais existé, mais de l'application du principe que toute personne doit être indemnisée du préjudice que lui occasionne le fait d'autrui.

Or, dans notre hypothèse, celui dont se plaindrait l'expéditeur serait incontestable. On ne saurait lui reprocher d'avoir agi avec précipitation, car une exécution sans délai d'une commande est trop dans les convenances commerciales, dans l'intérêt de l'auteur de cette commande pour qu'il puisse s'en plaindre. Cependant, en se

dépouillant de ses marchandises, il s'est interdit la possibilité de les vendre à d'autres et d'éviter ainsi la baisse qui a pu survenir. L'expédition a donné lieu à des frais d'emballage, de transport pour l'aller qui s'aggravaient de ceux de retour si la marchandise restait pour son compte et s'il devait la reprendre.

Ne serait-il pas souverainement injuste de laisser ces frais et tous les risques à la charge de l'expéditeur ? Ou l'auteur de l'offre a fait une demande irréfléchie, ou il ne cherche, en la retractant, qu'à éviter une perte que les circonstances lui font entrevoir. Qu'on lui permette de reprendre sa parole soit, mais à la condition de remettre celui qu'il a provoqué dans la position qu'il avait avant cette provocation.

C'est au reste ce que la doctrine tant ancienne que moderne a toujours enseigné. A l'opinion de Pothier, M. Troplong invoque et ajoute celle de Balde, dont il rappelle les termes : *Puto tamen quod recipiens nuncium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuncium vel epistolam ante scientiam vel certiorationem de pœnitentia mittentis ad expensas et damna posseret agere.*

L'obligation d'indemniser reconnue et admise, ses conséquences sont naturellement indiquées dans notre hypothèse. Les marchandises expédiées doivent rester pour le compte de celui qui en a réclamé l'envoi, si non en force de la vente, comme l'enseigne M. Troplong, du moins à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice qu'il a occasionné.

107. M. Pardessus arrive au même résultat, mais en se plaçant à un autre point de vue, en ne voyant dans l'opération qu'un contrat de commission.

« Lorsque, dit-il, une lettre a été écrite non dans les termes d'une proposition, mais dans ceux d'un ordre ou commission d'acheter et d'envoyer telle marchandise à tel prix, soit que celui à qui la commission est donnée fournisse la marchandise, ce que nous verrons n'être pas interdit ;<sup>1</sup> soit qu'il doive les acheter, c'est moins une convention de vente qu'un contrat de commission ; et comme ce contrat devient parfait non-seulement par l'acceptation expresse de la personne à qui le pouvoir est adressé, mais encore par l'exécution qu'elle lui donne sans autre déclaration de volonté, ce que nous venons de dire en cas de vente n'est pas applicable dans toute son étendue. Le commerçant qui, à la réception de cet ordre, s'est mis en devoir de l'exécuter, a par cela seul opéré ce concours de volontés suffisant pour former le contrat.<sup>2</sup>

L'hypothèse dans laquelle se place M. Pardessus et les conséquences qu'il en déduit sont incontestables. Il est évident que s'il s'agit d'un ordre d'achat, son exécution immédiate est dans les prévisions de celui qui le donne, et que celui qui le reçoit n'a à s'expliquer que s'il refuse le mandat qui lui est donné.

108. — Il n'y a donc aucune assimilation possible entre cette hypothèse et celle où il s'agit d'une proposi-

<sup>1</sup> Notre *Comm. de la Commission*, n° 27.

<sup>2</sup> N° 231.

tion d'achat adressée à celui à qui on demande de prendre la qualité de vendeur. Le contrat n'est dans ce cas parfait que par le consentement de celui-ci, consentement qui est censé ne pas exister tant qu'il n'est pas connu de celui qui le provoque.

Celui-ci ne peut donc jusque-là être considéré comme acheteur, mais il est incontestablement tenu en raison, en équité et en droit, d'indemniser du préjudice que son offre a occasionné, et comme la détermination des dommages-intérêts appartient souverainement aux juges, rien n'empêcherait que l'exécution donnée au marché lui fût imposée à ce titre.

109. — Le doute qu'on ne saurait guère concevoir lorsqu'il s'agira d'une proposition d'achat, peut surgir dans le cas d'offres de vendre. On sait que les commerçants qui correspondent entre eux se transmettent ordinairement les prix courants de la place, et surtout ceux des denrées et marchandises dont ils traitent plus spécialement.

D'autres fois ce sont des circulaires que les détenteurs d'une matière répandent à profusion, et dans lesquelles ils offrent de vendre à des prix déterminés.

Tandis que l'un soutiendra avoir reçu une de ces circulaires, l'autre prétendra n'avoir envoyé que les prix courants, il faudra donc tout d'abord déterminer la nature et le caractère de la proposition.

110. — On ne saurait à ce sujet prévoir des doutes bien sérieux. Il est difficile de confondre l'envoi de prix

courants avec celui de circulaires. Le premier n'est donné et reçu qu'à titre de renseignements qu'un correspondant intelligent et dévoué doit à son correspondant. On ne saurait donc y voir une proposition de vendre.

Toutefois cet envoi pourrait avoir un autre objet ; s'il émanait d'une maison de commission, il ne ferait que solliciter des ordres dont l'exécution reste toujours subordonnée à l'état du marché au jour de leur réception. La maison ne contracte d'autre obligation que celle de remplir les commandes qu'on lui demanderait s'il y a possibilité de le faire.

111. — Quant aux circulaires des commerçants en gros, fabricants ou autres détenteurs de denrées et marchandises, M. Pardessus distingue. En général, dit-il, lorsque des offres sont faites par des circulaires, catalogues ou autres annonces qui s'envoient indistinctement et sans qu'il ait existé des relations antérieures, on doit sous-entendre toujours la condition que celui qui les fait ne s'engage à fournir les choses offertes qu'au cas où il ne les aurait pas vendues à d'autres ou qu'autant qu'il s'en trouvera sur le lieu, s'il n'a fait que des offres de fournir par commission. Au contraire, si les offres sont en quelque sorte individuelles et plutôt une véritable proposition de vendre à cette personne qu'une offre faite à quiconque recevra la circulaire, celui qui fait la proposition ne pourrait refuser de livrer, si la demande lui est adressée immédiatement après la réception de la circulaire. Seulement, si l'offre était d'un corps certain, il faut



qu'il ne soit pas péri lorsque l'acheteur répond qu'il accepte la proposition.<sup>1</sup>

112. — La proposition de M. Pardessus est exacte, si elle se réduit à distinguer si l'auteur de la circulaire a provoqué des ordres ou fait un offre. Mais nous ne saurions lui assigner ce caractère, s'il entendait subordonner la nature de l'opération au plus ou moins de publicité de la circulaire. Qu'importe, en effet, qu'elle ait été envoyée indistinctement et sans qu'il ait existé de relations antérieures. Elle n'en sera pas moins une offre de vendre, si, en effet, le but qu'elle se propose est de solliciter des acheteurs. L'offre, dans ce cas, sera même individuelle pour chacun de ceux qui la recevront, et qui n'ont ni à rechercher, ni à s'enquérir si leur voisin a été favorisé du même envoi. L'absence de relations antérieures ne saurait non plus être d'aucune considération. En provoquer de nouvelles et plus étendues est trop dans les convenances et les nécessités du commerce, et l'intérêt qui s'y attache explique fort bien les tentatives faites dans ce sens.

La distinction de M. Pardessus signale la difficulté que la détermination du véritable caractère de la circulaire peut faire surgir. Il convenait donc de rechercher les éléments de sa solution, ces éléments sont d'abord les termes mêmes de la circulaire, il est impossible, en effet, que si l'auteur n'a offert et promis que son concours, que l'exécution des ordres qui lui seraient donnés, on n'en trouve pas la preuve dans la teneur de sa circulaire.

Un autre élément non moins décisif peut résulter de la qualité ; si la maison qui envoie la circulaire est une maison de commission, si elle s'y intitule telle, et qu'en indiquant le prix des choses qu'elle offre elle mentionne le taux de la rétribution qu'elle entend se réserver, on déciderait avec raison qu'elle n'a proposé que de servir d'intermédiaire. On ne saurait donc lui demander autre chose, ni la faire considérer comme ayant offert de vendre.

Que si l'auteur de la circulaire, se disant détenteur de la chose, indique le prix qu'il entend en retirer, il y a évidemment proposition de vente, et par conséquent obligation pour lui de livrer, si l'acceptation avait été immédiatement envoyée. L'autoriser à ne pas le faire sous prétexte qu'il a vendu à d'autres, ou que la chose ne se trouve pas sur les lieux, ce serait lui reconnaître la faculté d'exécuter la vente en cas de baisse de l'article, de l'annuler en cas de hausse ; c'est-à-dire livrer l'acheteur à sa discrétion.

C'est donc par la qualité prise dans la circulaire, par ses termes et les conditions qui y sont stipulées, qu'on résoudra la question s'il y a vente ou non ; si l'offre est actuelle et définitive, ou si elle ne renferme que l'annonce d'un projet non encore arrêté.

113. — A ce sujet, on s'est demandé si les termes : *Je veux vous vendre telle chose pour la somme de...* contiendraient une offre de vendre que l'acceptation rendrait définitive ?

Nous lisons dans Pothier que Cyrus ne voyait là qu'un

pour parler, parce que *vouloir vendre* n'est pas encore vendre, de même que vouloir monter sur un arbre n'est pas y monter.

Mais, continue Pothier, Fabien de Monte soutient au contraire avec plus de raison que ce discours exprime cette vente qui a toute sa perfection. Il répond à l'objection qu'il est vrai que vouloir faire une chose ce n'est pas encore la faire, lorsque cette chose consiste dans un fait extérieur; ainsi vouloir monter sur un arbre n'est pas encore y monter. Mais vouloir faire une chose qui se fait par la seule volonté de la faire, sans aucun fait extérieur, c'est la faire. C'est pourquoi *vouloir vendre*, c'est la même chose que *vendre*, lorsque la volonté de celui à qui je veux vendre concourt avec la mienne; et dire *je veux vendre*, c'est la même chose que dire *je vends*.<sup>1</sup>

114. — Ce qui imprime à cette doctrine un caractère juridique incontestable, c'est que les termes *je veux vendre* indiquent une volonté née, actuelle, arrêtée, dont la réalisation est uniquement subordonnée à l'acceptation de la proposition par celui à qui elle est adressée. Cette acceptation arrivant avant toute rétractation, il y a ce qui suffit à la perfectibilité de la vente, c'est-à-dire entente parfaite sur ses conditions essentielles, puisque celui-ci veut vendre, celui-là acheter telle chose, à tel prix.

Mais il n'en serait pas de même si l'intention de vendre n'était indiquée que comme un projet sans indication du moment de sa réalisation, par exemple, ces expres-

<sup>1</sup> N° 53.

sions : JE VOUDRAIS *vous vendre telle chose au prix de..* Fabien de Monte et Pothier ne considèrent pas cette locution comme une proposition de vendre, parce que *verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat*. Aussi, enseigne ce dernier, quoique vous ayez répondu que vous voulez bien en donner le prix, il n'y a pas encore vente, et je puis changer de volonté, à moins que je ne vous ai répliqué que c'était une affaire faite, ou quelque autre chose de semblable.<sup>1</sup>

Au reste, les difficultés de cette nature se présenteront beaucoup plus en fait qu'en droit. Elles constituent des questions d'intention des parties, d'interprétation des termes de la convention de leurs sens réels. Les tribunaux sont donc appréciateurs souverains et n'ont d'autre guide obligé que les inspirations de leur conscience.

115. — Le concours des volontés sur le caractère du contrat, sur la chose et sur le prix rend la vente parfaite. Dès ce moment, dit l'article 1583 du Code Napoléon, la propriété est acquise à l'acheteur, à l'égard du vendeur, quoique la chose n'ait pas été encore livrée, ni le prix payé.

La conséquence la plus importante qui s'en déduit est que, dès ce moment aussi, les risques de la chose sont à la charge de l'acheteur, et que si elle périt avant la délivrance, le perte est pour son compte, *res perit domino*.

Cette conséquence suppose d'une part que la vente est

<sup>1</sup> *Ibid.*

pure et simple; d'autre part, qu'elle a pour objet un corps certain et déterminé.

Si la chose a été vendue au poids, au compte ou à la mesure; si elle doit être dégustée, la vente est parfaite par le concours des volontés en ce sens, que chaque partie a le droit de contraindre l'autre à prendre ou à livrer la chose vendue, et, par conséquent, à opérer la dégustation, le pesage, comptage ou mesurage. Mais les risques ne passent sur la tête de l'acheteur qu'après l'opération qui déterminera et précisera ce qui a fait la matière de la vente. Jusque-là, la chose vendue, confondue avec celle de même nature que possède le vendeur, n'est pas certaine, et il serait impossible de déterminer si la perte a porté sur elle, ou sur celle qui devait rester au vendeur.

146. — Le caractère de la vente, au point de vue de ses effets et notamment de la responsabilité de la perte survenue dans l'intervalle du contrat à l'exécution, est donc d'un puissant intérêt. Nous devons donc rechercher et exposer les règles auxquelles la doctrine et la jurisprudence en ont subordonné la détermination.

Aucun doute ne saurait surgir, si la vente est d'un corps certain et déterminé. Nous avons traité de l'achat et de la vente du trois-mâts la *Ville-de-Marseille*, de 500 tonneaux, ancré dans tel port ou sur telle rade, ou en cours de voyage. La vente est parfaite, elle a définitivement transféré la propriété à l'acheteur, et si depuis le navire a péri, la perte est exclusivement pour son compte, alors même que le prix ne serait pas encore exigible.

117. — Aucune difficulté ne saurait non plus exister, mais, dans l'autre sens, si nous avons traité de 50 balles laines, 10 barriques sucres, 200 hectolitres blé. L'acheteur a le droit d'exiger, et le vendeur l'obligation de livrer l'objet vendu en nature et quantité. Il est possible que, depuis le contrat, ce dernier ait perdu 50 balles de laine, 10 barriques de vin, 200 hectolitres blé. Mais comment établira-t-il que les uns ou les autres étaient précisément ceux qu'il avait vendus ? Tant que la chose restait en sa possession, confondue dans son actif personnel, le droit de l'acheteur n'était ni certain, ni déterminé. On ne pourrait donc lui infliger la responsabilité de la perte.

Il y a même plus, la chose vendue au poids, au compte, à la mesure, ne se placerait pas en dehors de cette règle, alors même qu'elle eût été spécialisée par le contrat, par exemple si les 50 balles de laine ont été déclarées reposer dans tel magasin, les sucres et le blé à bord de tel navire, ou à l'entrepôt ou dans les magasins de la douane.

Tout l'effet de cette stipulation se réduirait à empêcher le vendeur d'offrir une autre marchandise que celle renfermée dans le local désigné, mais elle ne pourrait autoriser une exception à la règle si générale, si absolue de l'article 1585 du Code Napoléon.

118. — La seule dérogation que comporte le principe est celle édictée par l'article lui-même, et dont l'article 1586 déduit les conséquences. La vente en bloc, *per aversionem*, transfère la propriété actuelle et met la chose aux risques de l'acheteur même avant le pesage, comptage ou mesurage. Ce résultat, disait Domat, tient à

ce que dans cette vente on sait précisément ce qui est vendu, le prix en est invariable, alors même qu'on aurait exprimé la quantité ; l'insuffisance du poids ou de la mesure ne produit d'autre effet que de donner à l'acheteur une action pour obliger le vendeur à parfaire.<sup>1</sup>

Mais cela suppose que le tout, déclaré d'une telle contenance, ou d'un tel poids, est vendu pour un prix unique et uniforme. Comme l'observait Domat, si ce prix a été stipulé à tant pour chaque pièce, pour chaque livre, pour chaque mesure ; la vente, quoique portant sur un tout déterminé, n'exigerait pas moins pour sa perfection le comptage, pesage ou mesurage.

119. — Nous n'avons pas besoin de relever l'importance de la détermination du caractère de la vente en cas de perte survenue entre le contrat et son exécution. De sa solution, en effet, dépend la responsabilité de l'une ou de l'autre des parties.

Or, rien ne serait plus facile si on ne devait considérer comme vente en bloc que celle qui porterait sur un tout sans mention de nombre, de poids ou de mesure, et pour un prix convenu et arrêté.

Mais l'article 1586 prouve que la mention du nombre, du poids, de la mesure n'a rien d'antipathique à la vente en bloc, il la suppose au contraire à tel point qu'il règle le sort de la vente avant le pesage, comptage ou mesurage.

D'autre part, la stipulation d'un prix unique et dé-

<sup>1</sup> Proc. verb. du cons. d'Etat, du 22 décembre 1803.

terminé n'établit pas nécessairement la vente en bloc, puisque sa quotité peut avoir été calculée sur le nombre, sur le poids ou la mesure promis et à raison de tant pour l'un ou pour l'autre.

Cependant plus la question était difficile à fixer, et plus il convenait de tracer les règles auxquelles devait obéir son appréciation. Voici celles que Pothier recommandait :

120. — *Première règle.* — Il n'est pas douteux que la vente est faite à la mesure, lorsque le prix est expressément convenu pour chaque mesure, soit que le contrat porte qu'on vend tous les muids de blé qui sont dans tel grenier à raison de tant par muid, soit qu'il porte qu'on vend un tas de blé qui est dans un tel grenier, qui contient dix muids, à raison de tant le muid. Dans l'un et dans l'autre cas, la vente est faite à la mesure. Toute la différence est que dans le premier le surplus de ce qui se trouverait au-delà de dix muids n'est pas vendu, au lieu que dans le second tout le tas de blé est vendu, quoiqu'il se trouve plus de dix muids.

*Deuxième règle.* — Lorsqu'on vend tant de mesures d'une telle chose, la vente ne cesse pas d'être à la mesure quoique les termes du contrat n'expriment qu'un seul prix ; comme lorsqu'il est dit qu'on vend dix muids de blé pour 500 livres. Ce prix n'étant censé n'être que le total du prix pour lequel chaque muid est vendu.

*Troisième règle.* — Lorsqu'on vend pour un seul prix, non tant de mesures d'une telle chose, mais une telle chose qu'on dit contenir tant de mesures, la vente



est faite *per aversionem* ; comme lorsqu'il est dit qu'on vend pour la somme de 4,000 livres un tel pré, qu'on assure être de la contenance de 20 arpents. En conséquence la chose est, dès le moment du contrat, aux risques de l'acheteur. L'expression du nombre des arpents n'a d'autre effet, dans ce cas, que d'obliger le vendeur à faire raison à l'acheteur du défaut de contenance, s'il s'en trouve moins.<sup>1</sup>

121. — M. Troplong trouve ces règles d'une justesse irréprochable, et en recommande l'observation que la jurisprudence a d'ailleurs consacrée.

La Cour d'Orléans appliquait les deux premières lorsque, le 27 décembre 1816, elle jugeait que lorsqu'une vente de bois a été faite pour un prix fixé par arpent, et que le nombre d'arpents vendu est déterminé dans le marché pour un prix total également déterminé, on ne peut pas dire que la vente ait été faite en bloc et non à la mesure ; qu'ainsi un arpentage est préalablement nécessaire pour fixer la contenance du bois vendu, parce qu'on peut présumer que s'il y avait plus d'arpents dans la vente que ceux indiqués dans le contrat, l'acheteur n'eût pas porté à un prix aussi élevé celui de chaque arpent.

Par application de la troisième, la Cour de cassation déclarait, le 24 août 1830, que la vente d'un baril d'azur de 100 kilog., moyennant le prix de 4,000 fr., était faite en bloc et non à la mesure.

<sup>1</sup> N° 310.

122. — Cet arrêt, approuvé par M. Troplong, est critiqué par M. Duvergier. Lorsque le contrat indique la quantité, dit ce dernier, il n'y a vente en bloc que si, dans l'intention des parties, le poids ou la mesure ne doit exercer aucune influence sur la quotité du prix, et que si le vendeur n'est pas obligé de les parfaire l'un ou l'autre. Or, dans l'espèce, si le vendeur eût envoyé un baril de 95 kilog., l'acheteur aurait eu le droit d'en réclamer cinq, c'est-à-dire qu'il se fût trouvé dans la même position que s'il eût acheté 400 kil. à raison de 40 fr. l'un ; donc la vente était, non en bloc, mais à la mesure.<sup>1</sup>

123. — M. Duvergier aurait incontestablement raison en droit romain. Sous son empire, la vente en bloc excluait toute indication de quantité, il fallait que la vente comprît *omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum quantumcumque esset, uno pretio.*<sup>2</sup> D'où Cujas concluait qu'il n'y avait vente en bloc que lorsque les choses étaient transmises *confuse et acervatim, pretio insimul dicto, non in singulas res constituto.*

En droit français, cette vente serait non-seulement en bloc mais encore à forfait. Tout pesage, comptage ou mesurage serait inutile, car ses résultats seraient sans influence sur le contrat, le plus ou moins dans la quantité restant à l'avantage ou aux risques de l'acheteur.

Ce n'est donc pas cette vente dont s'occupe l'article 1586 du Code Napoléon, et puisqu'il prévoit la néces-

<sup>1</sup> T. 1, n<sup>os</sup> 90 et suiv.

<sup>2</sup> L. 15, § 5. Dig. *De Cont. empt.*

sité du pesage, comptage ou mesurage dans la vente en bloc, c'est qu'il admet ce caractère lorsque la quantité de la chose vendue a été indiquée; c'est que, comme Pothier, il n'attribue alors à cette indication d'autre effet que d'obliger le vendeur à parfaire la contenance déclarée, et c'était justice.

La preuve, en effet, qu'on n'a pas traité au poids ou à la mesure, c'est qu'on n'a ni acheté ni vendu à tant le quintal ou la mesure, mais le prix unique et total n'en a pas moins été calculé sur la quantité réelle de la chose. Il est certain que celui qui croit acheter 10 muids de blé à 500 fr., donnerait un prix moindre si on ne devait lui en livrer que six, que huit, que neuf.

D'ailleurs, en commerce on ne procède guère à l'aveugle, et celui qui achète pour revendre entend avant tout être fixé sur le prix de revient. Il faut donc qu'il rapproche le prix qu'il donne de la quantité de ce qu'il doit recevoir, et qui devient l'élément essentiel de la détermination du prix. Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, par exemple, l'acheteur ne donnait 1000 fr. du baril d'azur que parce que sa contenance de 100 k. lui faisait revenir la marchandise à 10 fr. le k. Eût-il traité s'il avait pu craindre qu'elle lui revînt à 11 ou 12 fr.? Sans doute la vente ne sera pas à forfait, mais son caractère de vente en bloc résultera suffisamment : 1° de ce que la chose est intégralement et en totalité cédée; 2° de la stipulation d'un prix déterminé. L'indication de la quantité ne saurait en ces circonstances lui enlever ce caractère. Elle n'est plus en effet que la détermination de la chose vendue, qu'un *minimum* sur lequel le prix a été établi.

Livrer une chose d'une contenance ou d'une capacité moindre serait donc enlever au contrat une de ses conditions essentielles, l'identité de chose.

Ainsi, dit M. Troplong, je vous vends, pour 1500 fr., tout le sucre qui est dans mon magasin, de la quantité de 1800 kilog. Une telle vente est faite en bloc et n'est pas conditionnelle. Le prix est certain, la chose déterminée, les éléments du contrat se présentent sans modification, sans suspension et avec un caractère pur et simple. A la vérité, il est ajouté que la quantité du sucre s'élève à 1800 kilog., mais c'est là une énonciation purement démonstrative.<sup>1</sup>

Voët allait plus loin encore, il admettait comme vente en bloc celle qui transférait la chose dans son ensemble, malgré que le prix eût été stipulé à tant la mesure: *Non aliud dicendum est si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini, dolio contenti, pretio sic constituto, ut proportione mensuræ. Per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæret, sed tantum modum demonstrationemque quamdam quantitatis vini pure pleneque distracti.*<sup>2</sup>

La condition exigée par Voët paraît peu conciliable avec une vente en bloc, puisque le prix ne sera certain et déterminé que par le mesurage. Mais elle se rencontre dans l'hypothèse de M. Troplong, pour laquelle il est

<sup>1</sup> N° 92.

<sup>2</sup> *Ad Pandectas, lib. 18, tit. 6, n° 4. De Per. et Comm. rei vend.*

rationnel de dire avec Voët que le mesurage n'est exigé *quo usque possit, neque tamen ideo conditionalem, aut necdum perfectam facit venditionem.*

Dans la vente à tant la mesure, le mesurage est le complément forcé du contrat, dont seul il déterminera le prix. Il peut donc être réclaté et contraint par le vendeur comme par l'acheteur.

C'est ce dernier seul qui peut l'exiger lorsque la vente comprend la totalité de la chose déclarée d'une telle contenance pour le prix de..... Son résultat unique serait pour lui le droit d'être indemnisé du déficit sur la quantité indiquée. Le bénéfice étant purement personnel, comment reconnaître qu'un autre que lui pût le réclamer.

Le vendeur n'aurait action que s'il devait à son tour être indemnisé de l'excédant sur la quantité déclarée. Or, ce droit n'a jamais existé. La raison, dit Pothier, est que le champ, par exemple, qu'on a déclaré par erreur de dix arpents, quoiqu'il fût de douze, a été vendu entier. L'intention des parties n'a pas été qu'il en fût rien excepté. La clause, par laquelle le vendeur accuse qu'il est de dix arpents n'est qu'en faveur de l'acheteur; c'est le vendeur seul qui promet et s'engage. L'acheteur, par cette clause ne contracte aucune obligation, et par conséquent ne peut être tenu de faire raison du surplus de la contenance.<sup>1</sup>

Evidemment, dans l'hypothèse de M. Troplong, celui

<sup>1</sup> N° 255.

qui a vendu tous les sucres qu'il a dans son magasin pour 4500 francs, n'a entendu ni s'en réserver aucuns, ni rien recevoir au-delà de cette somme. A quel titre donc prétendrait-il en retenir une partie quelconque, ou en exiger le prix ? Comment, dès-lors, lui reconnaître la faculté de provoquer un mesurage auquel l'acheteur déclarerait renoncer ?

Qu'on ne dise pas que c'est là créer une inégalité choquante, cette inégalité, relativement à l'exécution du contrat, est la conséquence forcée de la nature des choses, de la position respective des parties au moment du marché.

L'acheteur ne peut apprécier le prix qui lui est demandé, et arrêter celui qu'il doit offrir, que relativement à la quantité de la chose qu'il doit recevoir en échange. Cette quantité, il n'a pu la vérifier, ni avant la vente, ni au moment de sa conclusion, puisqu'elle lui est cédée en bloc. Il a donc dû accepter la déclaration qui lui en a été faite, et dont il ne pouvait contrôler la sincérité. Ce qui lui a été vendu est donc la quantité déclarée qu'il doit recevoir comme juste équivalent du prix qu'il donne, admettre le contraire, c'était appeler et encourager la mauvaise foi, la déloyauté et la fraude.

Le vendeur, au contraire, quoique vendant en bloc, n'ignore pas, ne peut pas ignorer la contenance réelle de ce qu'il vend. Il a les choses en sa possession, il peut les compter, peser ou mesurer ; dans tous les cas, ses livres constatant les entrées et les sorties indiquent et fixent par cela même ce qu'il a encore en sa possession. Son intérêt à procéder à l'un, à consulter les autres, est

trop évident pour qu'il se plaigne qu'on lui en ait fait le devoir.

Ainsi, le vendeur accusant moins se trompe volontairement et commet une faute; l'acheteur à qui on indique plus est trompé, et la preuve qu'il n'entend pas l'être, c'est que, achetant en bloc, il exige la déclaration du poids, du nombre ou de la mesure; nous avons raison de dire que cette différence dans la position justifie celle que nous signalons dans le résultat.

124. — Les termes de l'article 1585 ont fait surgir une difficulté sur leur portée réelle. En effet, la vente au poids ou à la mesure n'est déclarée imparfaite jusqu'au pesage ou mesurage, que relativement aux risques restant jusque-là à la charge du vendeur. Faut-il en conclure que la vente est parfaite à tous autres égards, qu'elle a, le point de vue des risques excepté, transféré la propriété de la chose vendue?

L'intérêt qui s'attache à la solution de la question est facile à saisir dans l'hypothèse de la faillite du vendeur avant le mesurage ou le pesage. En effet, l'acheteur qui a payé le prix pourra ou non revendiquer la chose, et en contraindre le pesage ou mesurage suivant qu'on décidera qu'il en a ou non acquis la propriété.

Or, la conséquence la plus immédiate du droit de propriété est de placer la chose aux risques de celui à qui elle appartient, *res perit domino*. Il semble donc qu'en laissant ces risques à la charge du vendeur jusqu'au pesage ou mesurage, l'article 1585 a par cela même déclaré que la propriété n'a pas cessé de résider sur sa tête.

Mais, d'autre part, l'article 1583 vient de déclarer que la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et l'article 1585 semble appliquer ce principe lorsqu'il autorise l'acheteur à exiger la délivrance. Comprendrait-on cette faculté s'il n'avait encore aucun droit de propriété sur la chose.

Il y aurait donc, entre la première et la dernière disposition de l'article 1585, une contradiction évidente, une anomalie étrange qu'on ne peut admettre dans la pensée du législateur. Cette pensée, la discussion au conseil d'État va en indiquer et préciser la nature.

Dans le projet préparé par la commission, notre article portait : *Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée.*

Le tribunal fit observer que cette rédaction donnerait naissance à une grave difficulté. On pourrait en conclure, disait son orateur, qu'il n'y a pas même de vente, en sorte que l'acheteur n'aurait pas même le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe, et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le fait pas, aux dommages-intérêts.

« Le seul effet que doit produire la circonstance énoncée dans l'article, est que n'y ayant pas d'accomplissement de la vente, quoique la vente existe, les risques que court la chose vendue sont, dans ce cas particulier, à la charge du vendeur jusqu'au pesage, comptage ou mesurage. »



Ces observations, qui firent consacrer la rédaction actuelle, en expliquent la portée. Ainsi que le disait M. Faure, dans son rapport au tribunal, dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, l'acheteur ne peut devenir propriétaire des marchandises que lorsqu'elles auront été pesées ; comptées ou mesurées, car jusque-là rien n'est déterminé, et tant qu'il n'y a rien de déterminé les marchandises restent au vendeur. C'est sous ce point de vue que la vente n'est pas parfaite. Au surplus, il existe un engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la délivrance en faisant la vérification convenue ; et pour le vendeur le droit de demander le prix, en offrant de faire la livraison.

De son côté, le rapporteur du Corps législatif n'était ni moins formel, ni moins précis. Il était important, disait-il, de distinguer le cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas, quoiqu'il y ait toujours l'engagement qui fait le principe de la vente, cet engagement dont l'exécution peut être réclamée.

« La raison de cette distinction est que dans le cas où la vente est parfaite par le seul consentement, la chose vendue est la propriété de l'acquéreur, et dès-lors elle est à ses risques, d'après la règle si connue *res perit domino*, au lieu que lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie avant le secours de quelques autres circonstances, la chose vendue est aux risques du vendeur ; en sorte que, si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur qui n'est pas encore dessaisi de la propriété. »

On ne peut donc conserver un doute. Le marché au poids, au compte ou à la mesure est une vente parfaite. Mais la propriété ne sera transférée que par le pesage, comptage ou mesurage, non que nous admettions un défaut de détermination, puisque la chose est indiquée par l'espèce et la quotité, et l'article 4429 du Code Napoléon n'exige que cela, ni qu'on doive prendre en considération que la marchandise reste en la possession du vendeur, puisqu'aux termes de l'article 4438 cette possession n'est pas un obstacle à ce que la chose demeure aux risques du créancier.

A nos yeux, l'effet admis par l'article 4585 s'explique d'abord par la règle édictée par l'article 4438. Le défaut de tradition ne fait pas obstacle à la responsabilité du créancier, mais du jour seulement où cette tradition a dû s'opérer. Jusque-là donc la chose reste aux risques du débiteur. Or, dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, l'époque de la livraison n'est que celle du pesage, comptage ou mesurage. Dès-lors, les risques ne peuvent concerner l'acheteur.

Ensuite, et en abordant les principes spéciaux à la vente, nous expliquons la disposition de l'article 4585 par ce fait que la chose, toute déterminée qu'elle soit par son espèce et sa quotité, n'est pas encore individualisée, de telle sorte qu'il serait impossible de décider si cette chose achetée et vendue devait être prise là plutôt qu'ailleurs.

« Dans une vente de ce genre, enseigne M. Pardessus, l'acheteur ne peut prétendre que la propriété lui a été transmise par la convention, et faute de délivrance obte-

nir le droit d'enlever des magasins du vendeur une portion des marchandises de l'espèce de celles que désignerait la convention. Tout son droit se réduit à des dommages-intérêts.<sup>1</sup> »

Comment dès-lors comprendre que le vendeur pût, après la perte survenue avant la délivrance, en laisser la charge à l'acheteur. L'absence de tout droit chez celui-ci exclut toute idée de propriété. Le vendeur aurait-il livré ce qui a péri, ou tout autre chose? Son allégation, uniquement dictée peut-être par le désir de se soustraire à la perte, ne saurait être accueillie, parce qu'elle serait injustifiable.

Loin donc de consacrer une exception à la règle *res perit domino*, l'article 1585 n'en fait qu'une saine application. Oui la vente au poids, au compte ou à la mesure est parfaite dès qu'il y a concours de *volontés* sur l'espèce et la quotité, et sur le prix, mais la propriété ne sera transférée et acquise que par le pesage, comptage ou mesurage qui précisera et individualisera la chose qui a fait la matière du contrat.

Doit-il en être autrement si, à l'indication de la qualité et de l'espèce, on a joint celle du lieu où la marchandise est reposée, par exemple dans la vente de 200 hectolitres blé ou 500 kilogr. sucre de tel magasin?

La doctrine ancienne n'avait pas hésité. Acceptant la décision du jurisconsulte romain, elle disait avec lui; *Si ex doleario pars vini venierit, veluti metretæ centum,*

*verissimum antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.*<sup>4</sup>

Ainsi, disait Pothier, si l'on a vendu dix muids de blé de celui qui est dans un tel grenier, dix milliers pesant de sucre, un cent de carpes, la vente n'est point parfaite que le blé n'ait été mesuré, le sucre pesé, les carpes comptées; car jusqu'à ce temps, *nondum apparet quod venierit*, il n'est pas encore constant quel est le blé, quel est le sucre, qu'elles sont les carpes qui font l'objet de la vente, puisque ce ne doit être que le blé qui aura été mesuré, le sucre qui aura été pesé, les carpes qui auront été comptées.<sup>2</sup>

Voët, qui considère comme faite en bloc la vente de la totalité du vin d'un tel cellier, alors même que le prix en a été stipulé à tant la mesure, ajoute : *Secus si pars quædam vini dolearis solummodo vendita esset, quia tunc ante admensionem sciri nequit quæ pars vendita intelligatur.*<sup>3</sup>

C'est cependant en sens contraire que la Cour de cassation s'est prononcée par arrêt du 11 novembre 1812.

Dans cette espèce, un sieur Larue, débiteur du sieur Peyramont, lui vend 36 toises de bois à brûler, à prendre dans ceux appartenant au vendeur, et notamment sur tous les bois par lui achetés du sieur Cabanon et qui se trouvaient lors de la vente dans le chantier du port de Sauviat. Le prix est payé tant en compensation

<sup>1</sup> L. 33, § 7, Dig., de Cont. empt. V. l. 5, Dig., de Peric. et com. rei vend.

<sup>2</sup> N° 509.

<sup>3</sup> *Loc. citat.*

qu'en argent ; Larue prend quatre mois pour livrer les bois dont, au reste, il déclare n'être plus que le gardien et le dépositaire.

Avant le mesurage, Larue, qui avait vendu et livré à des tiers les bois dont il devait livrer 36 toises à Peyramont, et qui, dans le flottage, avaient été confondus avec d'autres, est déclaré en faillite. Peyramont revendique les bois par lui achetés, tant contre les syndics que contre les tiers acheteurs.

Un jugement du tribunal de commerce de Limoges accueille cette prétention, et ordonne que les 36 toises de bois seront délivrées à Peyramont d'abord sur ceux qui étaient dans le chantier indiqué par l'acte de vente, et subsidiairement sur tous les bois qui pouvaient appartenir au failli.

Sur l'appel des syndics, la Cour de Limoges confirme le jugement le 1<sup>er</sup> septembre 1840. L'arrêt pose en fait que Peyramont était devenu propriétaire incommutable des 36 toises de bois, et que si ces bois étaient demeurés encore quelque temps entre les mains de Larue, ce n'était que comme conducteur et dépositaire ; que dès-lors il avait le droit de prendre les 36 toises de bois non-seulement dans ceux qui existaient dans le chantier indiqué par l'acte, mais encore dans tous ceux qui pouvaient appartenir à Larue, à défaut des premiers.

Cette conséquence ne paraît ni logique ni surtout juridique. En admettant que la propriété de la chose vendue eût été transférée irrévocablement, parce qu'on l'aurait en quelque sorte individualisée par la désignation du lieu où elle se trouvait au moment du contrat, il est évi-

dent que cette propriété n'était acquise, que sur la chose reposant dans le lieu désigné, qu'elle ne pouvait s'étendre à des objets qui ne s'y trouvaient pas, qui n'avaient peut-être jamais dû s'y trouver.

La Cour de Limoges s'écarte donc en ce point des principes universellement admis. Elle ne les méconnaît pas moins en consacrant le revendication en nature.

M. Pardessus vient de nous le dire, dans la vente au poids ou à la mesure, l'acheteur n'a pas le droit d'obtenir l'autorisation d'enlever des magasins du vendeur une portion de marchandises de l'espèce que désignerait la convention, il n'a que celui de demander la délivrance, et à défaut des dommages-intérêts. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui est textuellement écrit dans l'article 1585 du Code Napoléon ?

Cette limitation du droit de l'acheteur est remarquable, surtout lorsqu'on rapproche l'article 1585 de l'article 1610. Dans l'hypothèse de celui-ci, la propriété ayant été transférée, l'acheteur a le droit d'exiger non-seulement la délivrance, mais encore sa mise en possession. En ne permettant pas ce dernier droit, l'article 1585 n'a-t-il pas reconnu lui-même que dans les conditions qu'il trace la propriété n'a pas été transférée ?

C'est là à notre avis la réponse péremptoire à l'interprétation que la Cour de Limoges fait de l'article 1585. L'arrêt considère que la vente était parfaite, et que la circonstance du défaut de mesurage du bois ne pouvait pas empêcher la translation de la propriété ; qu'il en résultait seulement que, jusqu'au mesurage, les risques étaient à la charge du vendeur, mais que la vente n'en était pas

moins définitive, et que tout ce qui est arrivé depuis à Larue ne peut nuire à cette propriété. C'est ce que la Cour de cassation admet également en rejetant le pourvoi dont l'arrêt de Limoges avait été l'objet.<sup>1</sup>

Merlin, reproduisant cet arrêt sans observation, semble en approuver la doctrine. M. Duranton l'adopte explicitement et en fait la base de son opinion.

425. — Mais M. Troplong la repousse, et avec pleine raison selon-nous. La Cour de cassation, en déclarant que l'article 4585, loin de déroger à l'article 4583, en confirme le principe, en décidant que, même dans le cas qu'il prévoit, la vente est parfaite à tous autres égards que les risques, donne au premier un sens que ses auteurs ont bien positivement entendu lui refuser.

Nous avons déjà vu que dans la discussion au conseil d'État, que dans les observations du tribunal, le principe que dans la vente au poid ou à la mesure la perfection du contrat, quant à la propriété, était subordonnée au pesage ou mesurage, était universellement admis, et que si la vente n'a pas été déclarée imparfaite jusque-là, c'est qu'on a craint que ces expressions ne parussent repousser l'idée d'un lien obligatoire quelconque pour les parties.

Aussi voyons-nous M. Grenier, dans son rapport au Corps législatif, reconnaître que, dans le cas de l'article 4585, la vente existe, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie avant le secours de quelques autres circonstances.

<sup>1</sup> 11 novembre 1812.

La conclusion de M. Grenier est que si la chose périt avant, c'est pour le vendeur *qui n'est pas encore dessaisi de la propriété*.

« L'article 1583, continue M. Grenier, consacre le principe général, le consentement seul donne l'essence à la vente et emporte transmission de la propriété, une exception à ce principe est consignée dans l'article 1585.

« Donc, dans le cas de ce dernier, il n'y aurait de vente accomplie et consommée qu'après la pesée, le compte ou le mesurage de ce qui a été vendu ; jusque-là la perte ou les accidents seraient à la charge du vendeur.

« Par la même raison, si, avant l'une ou l'autre de ces opérations, le vendeur les revendait et les délivrait à un tiers, celui-ci en aurait la propriété exclusivement au premier acheteur, en faveur duquel il n'y a pas eu transmission de propriété. »

En présence de cette interprétation de la loi par le législateur lui-même, on ne peut se faire un doute sur la nature et le caractère de sa disposition. Si les risques sont à la charge du vendeur, c'est qu'il est resté seul propriétaire, ce n'est pas une exception à la règle *res perit domino* que l'article 1585 édicte, c'est son application qu'il consacre.

Il est vrai qu'il autorise l'acheteur à exiger la délivrance, mais il lui refuse la faculté de se faire mettre en possession, ce qui est l'attribut incontestable de la propriété. Celle-ci n'existe donc pas et ne peut s'induire du droit de demander la délivrance. Ce droit n'est que la conséquence du caractère que le législateur assignait à l'opération, qui, disait Portalis, constitue au moins une obli.



gation précise de vendre.<sup>1</sup> La demande en délivrance n'est que la conséquence de cette obligation, qu'une mise en demeure de lui donner l'exécution que sa légalité exige et commande.

Nous pensons donc avec M. Troplong que la vente au poids, au nombre ou à la mesure est parfaite en ce sens que le vendeur est obligé de livrer, et l'acheteur de recevoir la chose convenue en espèce et quantité. Mais jusqu'au pesage, comptage ou mesurage, la propriété est d'autant moins transférée, que la chose ne sera réellement déterminée que par leur accomplissement, c'est-à-dire que l'effet du contrat se trouve naturellement suspendu jusqu'à la réalisation de la condition qui doit en faire le complément.<sup>2</sup>

M. Duvergier refuse à la stipulation du pesage, comptage ou mesurage le caractère de condition, puisque l'opération n'est pas un événement futur et incertain, et que ce n'est pas même un fait dépendant de la volonté du vendeur et à l'exécution duquel il ne puisse être contraint; puisqu'au contraire le texte de l'article 1585 donne à l'acheteur le droit de demander la délivrance, c'est-à-dire le droit de faire opérer le pesage ou le mesurage; et que si les lois romaines et les auteurs ont employé en cette occurrence le mot condition, le Code Napoléon ne s'en est pas servi (il ne s'en sert que pour les ventes à l'essai, article 1588.) En conséquence M. Duvergier admet què lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation,

<sup>1</sup> Exposé des motifs de l'art. 1585.

<sup>2</sup> *Continuat. de Toullier*, t. 16, n<sup>os</sup> 81 et suiv.

les marchandises ont été désignées non-seulement par leur espèce et leur quotité, mais encore par le lieu où elles sont reposées, la propriété est transférée.<sup>1</sup>

Donc M. Duvergier admet qu'à défaut d'indication du lieu qui les renferme, la propriété des marchandises vendues au poids ou à la mesure n'est transférée que par le pesage ou le mesurage. Cette concession est la condamnation de sa doctrine. L'indication du lieu fera bien que le vendeur ne pourra offrir, et l'acheteur exiger des marchandises autres que celles qui y sont reposées, mais bien certainement elle ne fera pas cesser l'incertitude sur la part qui sera livrée, et celle qui restera au vendeur. Dans ce cas, comme dans l'autre, il sera vrai de dire comme Voët : *Scire nequit quæ pars vendita intelligatur* ; et si cette incertitude est dans une hypothèse un obstacle au transfert de la propriété, on ne saurait sans inconséquence lui refuser cet effet dans toutes celles où son existence est évidente et certaine.

Peut-on d'ailleurs raisonnablement prétendre qu'au moment du marché le pesage ou mesurage n'est pas un fait futur et incertain ? Peut-on dire avec M. Duvergier qu'il ne dépend même pas entièrement du vendeur ? Oui, l'acheteur a le droit de le réclamer, mais non celui de le contraindre matériellement si le vendeur persiste dans son refus, la loi le réduisant dans ce cas à demander et à obtenir des dommages-intérêts.

C'est là l'explication du silence gardé par le Code sur la conditionnalité de la vente au poids ou à la mesure.

<sup>1</sup> Nos 86 et suiv.

L'idée d'une condition emporte celle de la résolution pure et simple, sans indemnité pour personne. Ainsi, dans l'hypothèse de l'article 1588, le résultat de l'essai fixera le sort de la vente, sans dommages-intérêts de part ni d'autre.

C'est ce que la loi n'a pas voulu, ne pouvait pas vouloir dans l'hypothèse d'une vente au poids ou à la mesure. Le lien légal résulte du contrat lui-même et l'opération prévue n'en est que l'exécution. Le vendeur pourra bien la refuser, mais, comme dans toutes les obligations de faire, à condition d'indemniser le vendeur du préjudice qu'il éprouvera de l'inexécution. Comme le disait Portalis, le vendeur a contracté l'obligation précise de vendre, et l'on ne pouvait l'autoriser à s'en dispenser impunément.

Les objections de M. Duvergier ne sont ni en fait ni en droit la réfutation de la doctrine de M. Troplong, et ne sauraient en affaiblir l'autorité.

Pouvait-on, dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, décider comme on l'a fait, parce que la convention avait transféré la propriété à l'acheteur et déclaré que le vendeur n'était plus que le dépositaire de la chose vendue?

Sur ce point, nous différons avec M. Troplong lui-même, qui paraît l'admettre. Une clause de ce genre pouvait bien lier les parties, mais elle n'était opposable ni au tiers acheteur, ni à la masse des créanciers du vendeur.

Le premier, en effet, achetant une marchandise en mains de son vendeur, n'avait pas à s'enquérir et à se préoccuper de la nature de sa possession. La délivrance qui lui en était faite, fût-elle la violation d'un dépôt, n'en

était pas moins irrévocable, puisque la revendication du propriétaire n'est autorisée qu'en cas de perte ou de vol.

Quant à la masse, elle est, par la déclaration de la faillite, investie de tout l'actif du failli qui se trouve en sa possession. Elle ne devrait restituer les dépôts que si leur existence était constatée conformément à l'article 2074 du Code Napoléon. On pouvait d'autant moins lui opposer l'acte de vente, qu'à défaut de mesurage la chose vendue n'était pas même déterminée et précisée.

Comment, d'ailleurs, l'acheteur eût-il été recevable à exiger d'elle sa mise en possession, lorsqu'il n'aurait pu l'obtenir de son vendeur lui-même. Représentant de celui-ci, la masse, qui avait succédé à ses droits, était sans doute tenue de ses obligations. Or, celle du vendeur étant dans notre hypothèse de délivrer la chose ou de supporter les dommages-intérêts, ses créanciers, ses ayants droit se trouvaient exclusivement soumis à cette seule alternative.

426. — Le pesage, comptage ou mesurage doit être accompli à l'époque fixée par la convention. Mais les parties peuvent avoir omis de s'expliquer à ce sujet ; quel sera l'effet de ce silence ?

Le vendeur ne saurait évidemment prétendre ni que l'opération peut être indéfiniment ajournée, ni que son opportunité a été entièrement laissée à ses convenances. L'acheteur objecterait, avec beaucoup plus de raison, que si aucune époque n'a été désignée, c'est qu'elle devait se réaliser immédiatement.

Il serait donc recevable et fondé à l'exiger, sinon im-

médiatement, au moins après un délai que la position du vendeur commanderait, comme s'il avait vendu ce qui n'était pas encore en sa possession.

En tous cas, le tribunal suppléerait au silence du contrat, fixerait l'époque à laquelle l'opération devrait être réalisée, à peine de résiliation avec dommages-intérêts.

427. — Le vendeur ne peut de son côté être livré à la volonté ou au caprice de l'acheteur. Il peut avoir un égal intérêt à la consommation de la vente, et cet intérêt lui donne une action pour la contraindre.

Mais, avant de s'adresser aux tribunaux, il doit mettre l'acheteur en demeure et lui indiquer le moment et le lieu du mesurage, avec sommation de venir y procéder. Quel serait, par rapport aux risques, l'effet de cette mise en demeure ?

Dans la vente pure et simple, la mise en demeure pourrait avoir placé la chose aux risques de l'acheteur. L'article 4438 du Code Napoléon autorise cette conséquence.

Il ne saurait en être ainsi dans la vente au poids ou à la mesure. Nous venons de voir que, pour ce qui concerne les risques, la vente n'est parfaite que par l'opération qui, individualisant la chose, en met les risques à la charge de l'acheteur. Or, la sommation de venir peser ou mesurer n'est encore ni le pesage ni le mesurage, en conséquence les risques restent naturellement pour le vendeur.

Mais, en refusant d'obéir à la sommation, l'acheteur a manqué à l'engagement qu'il avait contracté, et cette violation de la foi promise ne saurait rester impunie pas

plus pour lui que pour le vendeur ; légalement obligés l'un et l'autre, la peine de l'inexécution est également encourue contre l'auteur de cette violation.

Nous croyons donc qu'après comme avant la mise en demeure le vendeur ne pourrait prétendre que la chose a péri pour le compte de l'acheteur. Mais il lui dirait avec raison et succès : Si, obéissant à la sommation, vous aviez pris livraison et enlevé les marchandises, elles n'eussent point péri. Votre refus ou votre retard a donc seul déterminé le préjudice dont je suis menacé ; et comme il était illicite, vous devez en subir les conséquences et m'indemniser comme j'aurais été tenu de le faire si je m'étais permis l'un ou l'autre.

128. — M. Duranton, qui enseigne que le vendeur a dans ce cas droit à une indemnité, estime qu'il doit recevoir, à ce titre, le prix intégral de la chose périée depuis la mise en demeure. Nous croyons avec M. Troplong que cette doctrine est trop absolue ; qu'elle ne tient pas assez compte de l'indépendance souveraine et absolue des tribunaux en matière d'appréciation de la réparation du préjudice.

Sans doute les juges pourront allouer au vendeur le prix intégral de la marchandise périée. Mais dès qu'il s'agit de dommages-intérêts, on ne saurait leur interdire d'avoir égard aux circonstances, à la nature et au caractère du refus ou du retard, aux causes qui l'ont déterminé, en un mot de restreindre la réparation dans les limites que leurs lumières et leur conscience leur feront reconnaître équitables et légitimes.

129. — Une autre conséquence de la nature du droit du vendeur, est l'obligation de prouver le préjudice dont il demande la réparation, et son imputabilité à l'acheteur. Cette obligation serait remplie si, n'ayant jamais eu qu'un seul magasin qui, renfermant toutes ses marchandises, comprenait nécessairement celles que l'acheteur a refusé ou retardé d'accepter, ce magasin et tout ce qu'il renfermait avaient péri après le délai imparti par la mise en demeure.

Si le vendeur a plusieurs magasins renfermant des marchandises de l'espèce de celles que le contrat comprend, la perte ou l'incendie survenue de l'un de ces magasins ne pourrait lui donner le droit d'être indemnisé par l'acheteur sous prétexte qu'il entendait lui livrer les marchandises que ce magasin renfermait. Cette allégation ne serait dans le cas d'être accueillie que si, dans la mise en demeure, ce magasin avait été expressément indiqué comme le lieu du pesage ou mesurage, et par conséquent de la livraison.

130. — A plus forte raison devrait-on refuser toute indemnité si, malgré la mise en demeure, le vendeur ne justifiait pas avoir été en position de livrer réellement ce qu'il offrait de livrer.

L'acheteur pourrait prétendre que le contrat n'a jamais été sérieux ; que, sous l'apparence d'une vente, il cachait une opération de jeu sur la hausse et la baisse ; que la sommation n'a été qu'une manœuvre pour déguiser le caractère de la transaction, et faire croire à sa sincérité. Ces allégations, le vendeur ne pourrait les dé-

truire qu'en justifiant qu'au moment de cette sommation il avait en sa possession de quoi satisfaire aux engagements qu'il avait contractés.

131. — En résumé, la vente au compte, au poids, à la mesure est parfaite en ce sens que le concours des volontés sur la chose et sur le prix crée entre les parties un lien légal et obligatoire. L'un s'est obligé de livrer la quantité convenue, l'autre de la recevoir.

Mais la chose vendue ne sera précisée et individualisée que par le pesage, comptage ou mesurage. Jusque-là donc la propriété est restée au vendeur, qui demeure seul chargé des risques, alors même qu'il aurait légalement mis l'acheteur en demeure de recevoir, sauf l'indemnité qui pourrait lui être due.

Le lien résultant du contrat n'a pas d'autre sanction que l'obligation de répondre du préjudice que l'inexécution causerait à l'autre partie.

132. — La vente des vins, huiles et autres choses qu'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter obéit à d'autres règles, elle n'est parfaite que par la dégustation ayant fait agréer la marchandise offerte.

Il résulte de l'article 1587 du Code Napoléon que la condition de dégustation n'a pas besoin d'être stipulée, elle se déduit de la nature de la chose faisant la matière de la vente ; dès qu'elle est dans la catégorie de celles qu'on est dans l'usage de goûter, il y a certitude qu'on n'a pas dérogé à cet usage. Cette dérogation ne pourrait être



admise que si elle résultait expressément ou tacitement du contrat.

L'article 1587 ne doit pas être entendu en ce sens qu'il soit libre aux parties d'annuler le marché, celle-ci en s'abstenant d'offrir la marchandise, celle-là en refusant de la goûter. Quoique imparfait comme vente, le contrat n'en renferme pas moins une obligation réciproque et produisant tous ses effets ; le vendeur est engagé à offrir en espèce et qualité la chose promise, l'acheteur à en faire la dégustation et à l'agréer, s'il y a lieu. De là, la faculté de se contraindre respectivement à l'exécution de cet engagement.

133. — Personne n'a jamais contesté ni mis en doute l'obligation du vendeur, et la faculté pour l'acheteur de le contraindre à l'exécuter. La seule difficulté dont on se soit préoccupé est celle qui pouvait surgir de cette exécution. Si la chose offerte n'a pas été agréée, l'acheteur pourrait-il exiger qu'on lui en fournisse une autre de nature à être agréée ?

La Cour de Metz s'est prononcée pour la négative, en jugeant, le 20 août 1827, que la vente, n'étant pas parfaite pour l'acheteur, ne pouvait lier le vendeur ; que le premier, déclarant ne pas agréer la chose offerte, avait épuisé son droit ; qu'il ne pouvait dès-lors en demander un autre.

134. — Cette doctrine à notre avis n'est juridique que si la vente était d'un corps certain et déterminé. Il est clair que si je vous ai vendu les 20 pièces vins ou

les 40 barriques d'huiles renfermés dans tel magasin, et qu'après dégustation vous déclariez les refuser, tout est terminé entre nous, et vous ne pourriez exiger que je vous en offrisse d'autres. Mon intention était de vendre, la vôtre d'acheter les vins ou les huiles renfermés dans le magasin désigné et pas autre chose, votre exigence ne pourrait donc trouver un fondement quelconque dans le contrat.

Mais si la vente porte *in genere* sur 20 pièces vins ou 40 barriques huiles, votre obligation est de m'offrir une marchandise acceptable, et mon droit de l'exiger. S'il en était autrement, le sort de la vente serait livré au caprice et à la volonté du vendeur. Supposez, en effet, que la hausse survenue lui crée un intérêt à l'annulation du marché, il ne manquera pas de s'en assurer le bénéfice, en offrant une marchandise non acceptable. Or, nous ne saurions admettre que l'article 1587 ait entendu favoriser et consacrer une pareille fraude.

Mais, dit la Cour de Metz, la vente n'étant pas parfaite pour l'acheteur, ne saurait lier le vendeur. L'égalité qu'on réclame entre l'un et l'autre n'est pas admissible, et de ce que l'opération n'est pas encore une vente parfaite, il ne s'en suit pas qu'elle n'a pu créer un lien obligatoire pour le vendeur.

« Alors même, dit M. Troplong, que c'est l'acheteur qui doit faire seul la dégustation (cas dans lequel notre article déclare qu'il n'y a pas vente tant que l'acheteur n'a pas fait connaître son agrément), il ne faut pas en conclure et croire que la vente soit tellement imparfaite, que le vendeur puisse s'en dédire tant qu'il n'y a pas eu

dégustation et agrément de l'acquéreur. Ce n'est qu'à l'égard de ce dernier que la vente n'engendre pas encore un lien de droit véritable. Mais le vendeur s'est obligé à livrer la chose au cas qu'elle serait agréée ; il doit donc tenir sa promesse. Il y a engagement à son égard, il peut être contraint à le remplir.<sup>1</sup> »

Cette opinion est la condamnation de la doctrine de l'arrêt et la consécration de celle que nous avons cru devoir adopter. Si le vendeur est réellement et véritablement obligé, il doit sérieusement remplir son obligation ; s'il peut y être contraint, il ne saurait refuser d'offrir une chose acceptable. C'est à quoi il s'est formellement engagé.

135. — M. Duvergier l'enseigne formellement, en discutant à son tour l'arrêt de la Cour de Metz. Cet arrêt, dit-il, est fondé sur ce que l'acheteur n'étant pas lié, le vendeur ne pouvait l'être. Il me semble que cette décision présente des erreurs accumulées. D'abord l'acheteur est véritablement obligé, seulement il est obligé sous une condition suspensive ; en second lieu, l'obligation du vendeur n'est pas subordonnée à celle de l'acheteur ; en troisième lieu, l'arrêt lui-même reconnaît l'existence du lien de droit, puisqu'il suppose, implicitement du moins, que le vendeur était tenu de faire la première livraison. Enfin, lorsque l'obligation porte sur une chose qui n'est désignée que par son espèce, le débiteur est tenu de donner une chose de qualité moyenne ; le créancier peut le contraindre à exécuter son engagement, ce

qui emporte non-seulement le droit de refuser une chose de mauvaise qualité, mais encore le droit de se faire délivrer une chose de qualité bonne et convenable.<sup>1</sup>

L'arrêt de la Cour de Metz s'écarte donc des principes. Il était d'autant plus mal obvenu dans l'espèce, que, des échantillons ayant été transmis, l'acheteur réclamait une marchandise conforme, en refusant celle qui ne l'était pas. Or, comme nous le dirons bientôt, il était incontestablement obligé, puisqu'il n'aurait été ni recevable, ni fondé à refuser, si la marchandise était celle de l'échantillon.

Par contre, la vente portant sur une chose parfaitement déterminée, l'obligation du vendeur de livrer au type convenu était incontestable, et le droit de l'acheteur, non-seulement de refuser tout ce qui s'en écartait, mais encore de se faire livrer une chose conforme, ne pouvait être méconnu.

136. — Le vendeur qui peut être contraint à livrer, peut-il contraindre l'acheteur à procéder à la dégustation et à recevoir la marchandise offerte?

L'affirmative paraît incontestable. Mais une distinction est à faire relativement à l'exercice de ce droit.

L'article 1587 exigeant cumulativement la dégustation et l'agrément, laisse le vendeur sans intérêt à poursuivre la première, lorsque l'acheteur est personnellement et exclusivement chargé d'agréer ou de refuser. Sa résistance fait assez prévoir ce qu'il ferait après dégustation.

<sup>1</sup> *Contin. de Toullier*, t. 16, n° 109.

Comme son refus serait souverain et qu'il n'a pas même à en déduire les motifs, l'action du vendeur ne pourrait aboutir à un résultat quelconque en sa faveur, la prudence lui ferait donc un devoir de s'en abstenir, malgré son droit à l'intenter.

Mais rien ne s'opposerait à ce qu'il le fit valoir, si la dégustation avait été déferée à un tiers. La déclaration de l'expert amiablement convenu, ou désigné par la justice, que la marchandise est acceptable et doit être acceptée, rendrait la vente parfaite et définitive, et imposerait à l'acheteur le devoir de s'en livrer.

137. — La question de savoir si la dégustation a été réservée à l'acheteur ou remise à un tiers est donc, pour le vendeur surtout, du plus grave, du plus haut intérêt. Aucune difficulté ne saurait naître si les parties s'étant entendues à ce sujet, la convention est explicite et formelle.

A défaut de stipulation, et en présence d'allégations contraires, c'est au juge qu'il appartient d'interpréter le contrat et de déterminer quelle a été l'intention des parties. On comprend que, dans son exercice, ce pouvoir ne puisse être astreint à des règles positives et uniformes. Il ne comporte, en effet, d'autre élément essentiel que les inspirations de la conscience du magistrat.

138. — Cependant la nature et le caractère de la vente sont dans le cas de peser d'un grand poids dans la balance de la justice.

Qu'une personne achète pour son usage particulier,

pour sa consommation et celle de son ménage une certaine quantité de vin ou d'huile, on admettra facilement qu'elle a entendu procéder elle-même à la dégustation ; la marchandise, quelque loyale et marchande, quelque bonne qu'elle soit d'ailleurs, peut ne pas lui convenir ; et comme elle ne l'achète que pour son usage, il est naturel d'admettre qu'elle s'en est référée à son propre goût, on ne pourrait donc la contraindre à s'en remettre au goût d'autrui.

139. — Dans les achats de cette nature, la règle générale est donc que la dégustation appartient exclusivement à l'acheteur. La vente resterait donc sans effets par son refus d'agréer la chose offerte.

Mais cette règle comporte exception ; et cette exception n'a pas besoin d'être expresse, elle peut résulter des circonstances, de la nature du marché.

L'acheteur qui, même pour sa consommation, traite sur échantillon, répudie le droit de déguster exclusivement la marchandise, et de la refuser arbitrairement. Ce droit d'ailleurs a été exercé sur l'échantillon qui a dû nécessairement être goûté et agréé.

Cette acceptation réduit l'obligation du vendeur à livrer une marchandise conforme à l'échantillon. Tout se résume dès-lors dans la question de conformité.

Or, il est évident que sa solution ne peut être livrée à la volonté et au caprice de l'acheteur. Entre lui et le vendeur il ne s'agit plus que d'un fait matériel, que l'un affirme et l'autre nie. La raison et la justice exigent dès-lors l'intervention d'un tiers impartial dont les connaissances

spéciales sont dans le cas de trancher le différend d'une manière équitable.

L'exception résulte implicitement de la convention, lorsque la marchandise a été désignée non-seulement par son espèce, mais encore par sa qualité. Voici l'exemple qu'en donne M. Troplong.

Le commis voyageur d'une maison de Bordeaux vient me proposer des vins de Médoc, et je le charge de m'en expédier 300 bouteilles première qualité. On doit encore décider que mon goût individuel n'est pas la règle du marché, car si le vin qui m'a été expédié est de première qualité, il n'est pas en mon pouvoir de ne pas le trouver bon, et si je nie qu'il soit de la première qualité, les experts seuls en décideront. Dès le moment que nous avons déterminé la qualité que devait avoir le vin, je me suis enlevé tout recours à mon goût individuel, car cette qualité a quelque chose de positif ; elle ne dépend pas du caprice arbitraire du sens de l'acheteur.<sup>1</sup>

M. Troplong enseigne qu'il doit en être de même dans l'hypothèse d'un achat directement commis par l'acheteur avec indication de la nature de la marchandise et du prix qu'il entend en donner. J'écris à une maison de Bordeaux de m'expédier 200 bouteilles de Saint-Emilion à 2 fr. la bouteille. Dès l'instant que j'ai demandé moi-même l'expédition du vin, j'ai renoncé à soumettre l'expéditeur aux décisions arbitraires de ma volonté ; j'ai entendu me lier envers lui ; il a été tacitement convenu que je prendrai la marchandise si la qualité était marchande.

En conséquence, si les dégustateurs la déclarent telle, s'ils l'estiment valoir le prix convenu, je ne pourrai la refuser sous prétexte que je ne la trouve pas bonne.<sup>1</sup>

140. — Quelque nombreuses que puissent être les exceptions, leur existence ne saurait affaiblir la règle. Or, dans l'achat pour la consommation, la règle générale est que la dégustation et l'agrément de la marchandise appartiennent personnellement et exclusivement à l'acheteur. Le recours à des tiers n'est possible et admissible que lorsqu'on peut en induire la nécessité soit de l'intention des parties, soit du caractère et de la nature du marché.

En est-il de même dans l'achat commercial ? L'affirmative, à notre avis, ne pourrait invoquer aucun des motifs qui la justifient dans la précédente hypothèse.

Le commerçant, achetant pour revendre, ne cherche pas à satisfaire son goût personnel. La seule chose qu'il se propose est une marchandise loyale et marchande, dont l'écoulement réalisera le bénéfice qu'il se promet de son opération.

S'en remettre exclusivement à lui quant à l'appréciation de la marchandise ce serait le rendre l'arbitre suprême du sort de la vente, et lui permettre de s'en dégager, si une baisse survenue dans l'intervalle venait à lui en faire un intérêt.

Les exigences du commerce, la loyauté de ses opérations, les entraves que leur susciterait un pareil état de

<sup>1</sup> *Ibid.*



choses en rendaient le rejet d'ordre public en quelque sorte. C'est ce qu'avait compris notre judicieux Pothier.

444. — Il faut distinguer, enseignait-il, si l'acheteur a stipulé qu'il goûterait la marchandise pour savoir si elle est à son gré, ou seulement pour connaître si elle est bonne, loyale, marchande et non gâtée. Ce n'est que dans le premier cas qu'il peut ne pas tenir le marché en déclarant, après l'avoir goûtée, qu'il ne la trouve pas à son gré. Dans l'autre cas, il ne peut refuser la marchandise si elle se trouve bonne.<sup>1</sup>

Or, en commerce, la faculté de déguster ne s'entend, ne peut s'entendre que dans le sens de la seconde hypothèse, dès-lors la difficulté qui s'élèverait sur la qualité et l'état de la marchandise ne serait rationnellement et légalement tranchée que par une expertise.

Il est vrai que l'article 4587 ne distingue pas ; qu'il remet la dégustation et l'agrément à la personne de l'acheteur d'une manière générale et absolue, mais on ne saurait perdre de vue le caractère spécial de la législation civile. Se référant aux actes de la vie ordinaire, elle ne dispose évidemment, dans l'article 4587, que pour l'achat de consommation et laisse par conséquent celui de spéculation en dehors de la règle.

Nous n'ignorons pas que Merlin est d'un avis contraire ; qu'il pense que l'article 4587 reçoit application même en matière commerciale. Mais cette opinion est repoussée par la déclaration cent fois répétée dans la

<sup>1</sup> N° 311.

discussion législative, que le Code civil n'entendait et ne devait jamais servir de règle aux transactions et aux opérations commerciales.

L'avis de Merlin méconnaît donc la spécialité de l'article 1587 et l'intention formelle du législateur. L'accueillir serait jeter la plus grande perturbation dans le commerce, et cela sans motifs plausibles, sans nécessité réelle.

Qu'on nous permette de le répéter, la présomption que celui qui achète pour son utilité ou son usage personnel, a entendu non s'en rapporter à autrui mais ne consulter que son goût propre et personnel, est naturelle et légitime. Mais le commerçant achetant pour revendre s'est d'autant moins préoccupé de son goût personnel, qu'il pourrait peut-être ne pas être celui des acheteurs auxquels il transmettra la marchandise. Ce qu'il recherche, ce qu'il lui faut avant tout, c'est une marchandise qui puisse convenir à tout le monde, c'est-à-dire qui soit bonne, loyale et marchande. L'existence de ce caractère satisfait à tous les engagements du vendeur, le contrat a été fidèlement exécuté. Dès-lors en subordonner le sort au caprice, à l'intérêt de l'acheteur, ne serait ni juste, ni possible. On devrait donc sanctionner la décision que Pothier assignait à cette hypothèse.

142. — M. Pardessus paraît l'admettre ainsi. On ne peut, dit-il, dans un achat de marchandises destinées à être revendues, suivre le principe de l'article 1587 dans toute sa rigueur. La condition de dégustation, convenue ou établie par l'usage, n'empêche pas qu'il existe

un lien de droit entre les parties. Ainsi le vendeur peut forcer l'acheteur à venir, soit immédiatement, s'il n'y a pas de terme fixé, soit à l'époque convenue, faire la dégustation est prendre livraison, ou déduire les motifs de son refus, motifs que les tribunaux apprécieraient, parce qu'il ne doit pas y avoir, dans le commerce surtout, de condition qui laisse à la discrétion de l'un ou de l'autre des contractants l'exécution de la convention.<sup>4</sup>

On pourrait objecter que M. Pardessus ne parle du recours aux tribunaux qu'à l'effet de contraindre la dégustation. Mais où serait l'utilité de ce recours si, la dégustation faite, l'acheteur pouvait à son gré, et sans contrôle possible, refuser d'agréer la marchandise. Donc, admettre ce recours, c'est reconnaître que la difficulté qui pourrait surgir sur la qualité ou l'état de la marchandise donnera nécessairement lieu à une expertise.

443. — M. Troplong n'a pas hésité à adopter cette conséquence. Dans les ventes commerciales, enseigne-t-il, il est clair que ce n'est pas le goût personnel et individuel de l'acheteur qu'il s'agit de satisfaire, mais le goût commun, et que l'avis des experts doit intervenir. Quelle en est la raison? C'est qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire de goût entre le vendeur et l'acheteur; c'est que ce dernier ne saurait trouver les choses bonnes ou mauvaises, selon son caprice; c'est que leur qualité marchande est un fait indépendant de tout ce qu'il pourrait en dire, suivant son plus ou moins d'expérience dans l'apprécia-

<sup>4</sup> N° 295.

tion de la chose ; c'est qu'il a été évidemment convenu ou sous-entendu entre les parties que des experts seuls pourraient fixer en dernier ressort la qualité.<sup>1</sup>

144.—Ce qui atteste la rationalité de cette doctrine, c'est que la pratique commerciale l'a adoptée et consacrée ; qu'elle en a fait la règle de ses opérations. L'usage, en effet, le plus universellement suivi est de vérifier la qualité de la marchandise au lieu où elle se trouve et avant son expédition, pour que le vendeur ne soit pas exposé, en cas de refus à son arrivée, à supporter les frais de voyage d'aller et ceux de retour. Or, cette vérification est nécessairement commise à des tiers, car le négociant de Paris, Lyon ou Bordeaux qui achète des vins ou de l'huile à Marseille ne viendra pas en personne procéder à la dégustation.

On connaît l'importance du commerce du Languedoc en vins, eaux-de-vie et esprits. Or, voici l'usage qui préside à ces transactions, tel qu'il est attesté par la Cour de Montpellier, dans un arrêt du 10 juillet 1829 :

« Attendu que les sieurs Gayrat ont procédé suivant les usages généralement suivis par le commerce de Cette, par la voie intermédiaire des commissaires de campagne qui donnent les limites qui sont tracées par les commissaires-négociants, traitent avec les fabricants et les amènent, avec les pièces esprit dont on traite, devant le magasin des négociants chargés de la commission, pour être soumises à la vérification de la qualité desdits es-

<sup>1</sup> N° 99. Conf. Duvergier, n° 101.

prits, faite par un inspecteur et un jaugeur juré, qui les déclarent, s'il y a lieu, bonnes marchandises, ou en signalent les vices ; et une fois les pièces reconnues bonnes, le marché est définitivement conclu, et l'acheteur ne peut se refuser à les recevoir.<sup>1</sup> »

445. — Cette pratique et ces usages expliquent le peu de litiges sur la question de savoir à qui, de l'acheteur ou des experts, appartient la dégustation dans les ventes commerciales. Nos recherches dans nos recueils de jurisprudence ne nous en ont offert que deux exemples qui se font remarquer par la contrariété dans leur solution.

Le 21 janvier 1835, la Cour d'Angers déclare l'article 4587 inapplicable entre commerçants. Elle décide que la vente qui a pour objet, non la consommation personnelle de l'acheteur, mais pour revendre au goût des consommateurs, est parfaite du jour du traité ; qu'il y a lieu seulement à nommer des experts pour constater l'état et la qualité des marchandises, et déterminer leur classement d'après le prix convenu. Le pourvoi dont cet arrêt avait été frappé était rejeté par la Cour de cassation, le 29 mars 1836.

La question ayant été soumise au tribunal de commerce de Péronne, un jugement du 9 novembre 1838 se prononce pour la nullité de la vente : Attendu que l'article 4587 dispose formellement qu'à l'égard des vins, il n'y a pas de vente, tant que l'acheteur ne les a pas

<sup>1</sup> Sous cass., 6 avril 1831. *D. P.*, 31, 4, 447.

goûtés et agréés ; que le mot *agréé* signifie clairement que l'acheteur des vins peut les refuser sans même déduire les motifs de son refus, parce que alors il n'y a pas réellement vente.

Ce jugement fut dénoncé à la Cour de cassation comme appliquant faussement l'article 1587. Mais, par arrêt du 5 décembre 1842, le pourvoi était rejeté, attendu que le jugement attaqué ne constate aucune convention, aucun usage qui ait dérogé au texte littéral et formel de l'article 1587.<sup>1</sup>

Mais, dans son arrêt du 29 mars 1836, la Cour régulatrice fait résulter cette dérogation de la nature commerciale de la vente, car c'est sur ce motif que la Cour d'Angers consacrait l'inapplicabilité de l'article 1587. Or, dans l'espèce du dernier, il s'agissait également d'une vente de commerçant à commerçant.

Il y a donc contradiction flagrante sur le principe. Seulement l'arrêt de 1842 fait de son application une question d'appréciation livrée à l'arbitrage souverain des tribunaux. Il résulte, en effet, de ses termes, qu'elle pourra être refusée, s'il est exprimé que les parties y ont dérogé, ou si cette dérogation résulte de l'usage.

146. — Pour nous, cet usage ne saurait être douteux ni contesté. Il est la conséquence impérieuse des exigences commerciales qui protestent contre l'application de l'article 1587, qui jetterait la plus grande perturbation dans les opérations, nous ne saurions donc hésiter.

<sup>1</sup> *J. D. P.*, 1, 1845, 153 et 154.

Avec MM. Pardessus, Troplong et Duvergier, nous croyons que l'article 1587 n'a pas entendu régir la matière commerciale ; que la vente de négociant à négociant a pour condition unique la qualité loyale et marchande de la chose vendue ; que les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet ne peuvent être remises à la volonté seule de l'acheteur ; qu'elles appellent nécessairement une expertise dont les résultats décident du sort de la vente.

Mais ce principe n'a rien d'absolu. Il peut y être dérogé, et la clause par laquelle l'acheteur stipulerait le droit de déguster personnellement et exclusivement la marchandise recevrait sa pleine et entière exécution.

En d'autres termes, la dégustation personnelle, qui est la règle générale dans la vente de consommation, est l'exception dans l'achat commercial ; l'expertise, qui n'est qu'une exception dans l'une, constitue la règle pour l'autre.

147. — Le caractère de la vente sous dégustation tranche toutes les difficultés à l'égard des risques dans le temps intermédiaire. Puisque ce n'est qu'après cette opération que la vente acquerra son effet, il est évident que jusque-là le vendeur a conservé la propriété de la chose, et que la perte en serait à sa charge.

Cette responsabilité indique la gravité de l'intérêt du vendeur à ce que la dégustation ait lieu le plus tôt possible. On ne saurait donc lui dénier le droit de la provoquer et de la contraindre, soit à l'échéance du terme

convenu, soit, s'il n'en a été déterminé aucun, dès qu'il est en mesure de livrer.

148. — L'effet de la mise en demeure restée sans résultats, si la chose est restée intacte, ne serait pas douteux. Aux termes de l'article 1657, la vente serait résiliée au profit du vendeur qui rentrerait dans la libre disposition de la chose, et par conséquent dans la faculté de vendre à tout autre.

On ne saurait non plus lui contester le droit d'en poursuivre l'exécution, et de solliciter une expertise judiciaire, s'il y avait lieu.

149. — Mais si après la mise en demeure la chose a péri, à qui incombera la charge de la perte ? La sommation a-t-elle fait passer les risques sur la tête de l'acheteur.

L'affirmative a trouvé des défenseurs, mais elle ne saurait être consacrée. La mise en demeure n'a pu avoir pour effet de transférer une propriété qui ne l'aurait même pas été par la dégustation, si le résultat en avait été négatif. Ce qui distingue la vente sous dégustation de celle au nombre, au poids ou à la mesure, c'est que le comptage, pesage ou mesurage rendrait la vente définitive, tandis qu'après la dégustation, il faut encore que la marchandise soit agréée. Or, la mise en demeure a-t-elle pu trancher la question de convenance ?

L'impossibilité de se prononcer en ce sens est surtout évidente lorsque la dégustation est laissée au goût personnel de l'acheteur. Comprendrait-on que la mise en de-



meure lui eût conféré la propriété, et placé la chose à ses risques, alors que, même après dégustation, il est l'arbitre unique et souverain du sort de la vente ; qu'il lui suffira de refuser son agrément, sans même qu'on puisse lui demander compte de ses motifs pour que la convention n'ait jamais eu une existence légale et obligatoire ?

Il n'y a donc pas à hésiter dans cette hypothèse. La mise en demeure ne saurait suppléer l'agrément. L'acheteur, libre de le refuser après dégustation, aurait le même droit après la mise en demeure. Sa déclaration qu'il entend en user et qu'il en use effectivement laisserait le vendeur sans action aucune contre lui relativement à la perte postérieurement survenue.

Dans l'hypothèse où la dégustation doit faire l'objet d'une expertise, la mise en demeure aurait pour effet d'autoriser le vendeur à poursuivre et à obtenir la nomination d'experts.

Si avant la perte les experts désignés ont procédé à la vérification de la marchandise, en ont reconnu la qualité loyale et marchande, et l'ont déclarée acceptable, la perte survenue depuis serait à la charge de l'acheteur.

Si la chose a péri avant que les experts aient procédé, il faut distinguer :

Si la perte est totale, la condition dont l'effet de la vente dépendait ne pouvant se réaliser, le contrat n'a jamais légalement existé. La perte est donc au compte du vendeur qui n'a pas cessé d'être propriétaire de ce qui en faisait l'objet.

Si la perte n'est que partielle, la vérification de ce qui reste pourrait établir la qualité de ce qui a été perdu.

Exemple, je vous ai vendu 20 pièces de vin livrables à quai, à leur arrivée. Après leur débarquement, je vous annonce que les 20 pièces sont à votre disposition et vous invite à venir vous en livrer soit amiablement soit extrajudiciairement ; votre refus m'oblige à m'adresser à la justice. Mais dans l'intervalle un événement fortuit détermine un coulage extraordinaire soit aux 20 pièces, soit à quelques-unes d'elles.

Pourrez-vous vous opposer à ce que les experts désignés sur ma demande procèdent à la vérification et à la dégustation de ce qui reste ? On ne saurait l'admettre ; vous êtes en faute puisque vous avez manqué à l'engagement formel que vous aviez contracté, et dont une loyale et fidèle exécution aurait prévenu et empêché le sinistre. Il est donc juste et équitable que la responsabilité en pèse exclusivement sur vous, si d'ailleurs j'établis que de mon côté j'avais rempli les conditions que le contrat m'imposait.

Or, cette preuve résultera de la vérification de ce qui a survécu à la perte. Il est évident que si ce qui reste dans les barriques est de qualité bonne et marchande, ce qui a coulé l'était également, et la vente doit être maintenue pour le tout. Il est juste que la perte soit supportée, non par celui qui n'a rien à se reprocher, mais par celui qui a illégalement tenté de se soustraire à ses engagements.

On comprend au reste qu'il ne saurait en être ainsi que si aucun doute ne peut exister sur l'identité de la chose vendue avec celle qui a péri en partie. Supposez, en effet, qu'au lieu d'avoir à quai les 20 pièces de vin seulement, j'en eusse 40, je ne pourrais prétendre que

celles qui ont coulé étaient précisément celles que je comptais vous livrer, et que par conséquent la perte doit rester pour votre compte. Une pareille prétention ne serait ni recevable ni admissible, à moins que la mise en demeure n'eût spécialisé et individualisé les 20 pièces offertes de manière à prévenir toute incertitude, par exemple, par l'indication des numéros et de la marque.

150. — Du principe que la dégustation est dans l'intérêt exclusif de l'acheteur, nous avons induit la conséquence qu'il est libre d'y renoncer. Cette renonciation acquise, la vente est parfaite et définitive, et la propriété transférée sur la tête de l'acheteur. Dès-lors aussi les risques sont pour son compte, et la perte, plus tard survenue, à sa charge.

La question de savoir s'il y a eu ou non renonciation peut donc offrir un grave intérêt. Quels sont les éléments qui doivent en amener la solution ?

La renonciation peut être expresse et résulter de la convention, par exemple, l'achat en bloc d'une marchandise déterminée, de la qualité qu'elle se trouvera, à forfait et sans garantie de la part du vendeur. Il est évident que dans ce cas l'acheteur ne serait ni recevable ni fondé à prétendre que le sort de la vente était subordonné à la dégustation et à son agrément.

A défaut de stipulation, la renonciation peut s'induire de l'intention des parties, des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le contrat.

151. — La plus énergique, la plus péremptoire de ces



circonstances serait sans contredit la prise de livraison. Celle-ci n'est en effet que l'agrément de la chose offerte, ce qui suppose ou que la dégustation a eu lieu, ou que l'acheteur y a renoncé.<sup>1</sup>

Ainsi, me trouvant en Provence j'achète cinquante barils huiles d'Aix qui me sont offerts, et je me les fais expédier à mon domicile à Lyon. La sortie des magasins du vendeur a consommé la vente, et l'a rendue parfaite et définitive. J'ai pu et dû m'assurer de la qualité avant de donner l'ordre d'expédier, et je suis présumé l'avoir fait, dans tous les cas j'ai accepté la chose telle quelle, puisque j'ai consenti à ce qu'elle voyageât pour mon compte et à mes risques. Je ne pourrai donc plus réclamer une dégustation à laquelle j'ai tacitement renoncé, ni lui subordonner l'effet de la vente.

M. Troplong applique cette règle même à la vente sous dégustation au goût personnel de l'acheteur. Je vais chez un marchand de vins, dit-il, et je lui achète 50 bouteilles de vin de Bar, cachetées; je les envoie prendre dans la journée; mais en ayant goûté plusieurs, je les trouve de mauvaise qualité et je veux que mon marchand les reprenne. Je ne serais pas fondé dans ma prétention; je dois m'imputer d'avoir conclu le marché sans dégustation préalable, et de l'avoir consommé et exécuté sans prendre ces précautions. En acceptant livraison, j'ai suffisamment déclaré que j'ai agréé la marchandise telle qu'elle m'avait été présentée; que j'ai voulu acheter *per aversionem*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Troplong, n° 105, Cass., 7 juin 1830.

<sup>2</sup> *Ibid.*

152. — Dans ces diverses hypothèse, la vente étant traitée directement par l'acheteur, la présomption qu'on lui oppose est naturelle et légitime. Qu'en serait-il si le contrat avait été convenu par correspondance.

La marchandise remise au commissionnaire chargé de la faire parvenir et voyageant aux frais de l'acheteur est en réalité livrée, mais celui-ci n'a pu ni la vérifier ni la goûter, on ne saurait donc le considérer ici comme l'ayant fait, il devrait dès-lors être autorisé à y procéder à l'arrivée dans ses magasins.

Mais le voyage de la marchandise modifie singulièrement la position des parties. Lorsque ce voyage étant aux frais de l'acheteur est à ses risques, l'altération que la marchandise aurait subie resterait pour son compte, il ne pourrait donc la refuser qu'en prouvant que le vice dont il se plaint existait au moment de l'expédition.

L'acheteur pourrait en outre refuser la marchandise qu'il soutiendrait n'être pas conforme à celle qu'il avait demandée. Mais dans ce cas, comme dans celui de refus pour défaut de qualité, on ne saurait lui reconnaître le droit de trancher la question suivant sa volonté ou son caprice. Une expertise serait donc inévitablement ordonnée.

C'est aussi ce qu'on déciderait dans la vente pour la consommation elle-même ; l'ordre d'expédier donné par l'acheteur, exécuté par le vendeur, modifie le droit que l'article 1587 confère au premier. Il est impossible d'admettre que le second ait consenti à s'en remettre exclusivement à la décision de l'acheteur et à s'exposer ainsi à

la perte et aux frais qui résulteraient pour lui d'un laissé pour compte.

L'unique condition sous-entendue dans ce cas est celle de la conformité de la marchandise envoyée avec celle qui a été commise, et comme dans l'hypothèse d'une vente entre commerçants, cette question ne peut être résolue que par une expertise.

153. — L'effet de la prise de livraison, à l'égard de la dégustation, est acquis dans l'hypothèse d'une livraison virtuelle comme dans celle d'une délivrance réelle et effective. L'article 1606 du Code Napoléon les assimile l'une à l'autre, et leur attribue les mêmes effets.

Il faut reconnaître que c'est avec juste raison. Ce qu'il faut considérer de la part de l'acheteur, c'est la prise de possession de ce qui a fait la matière de la vente, et cette prise de possession s'opère aussi énergiquement par la tradition feinte que par la tradition réelle. Qu'importe en effet que la marchandise soit entrée dans les magasins de l'acheteur, ou qu'elle soit pour son compte dans tel autre magasin dont on lui a remis les clefs? Elle n'en est pas moins à son entière et libre disposition. L'acceptation de ces clefs est donc l'acceptation de la chose elle-même, elle fait présumer ou que la dégustation a eu lieu, ou qu'on a renoncé au droit d'y procéder.

154. — La prise de possession résulte-t-elle de l'apposition de la marque de l'acheteur sur les effets vendus? Aucun doute ne saurait s'élever si ces effets ne sont pas dans la catégorie des choses sujettes à dégustation. Ainsi

le jurisconsulte Paul indiquait comme réellement livrées *trabes quas emptor signasset*.<sup>1</sup>

Mais à l'égard des choses qu'on est dans l'usage de goûter, le contraire était admis par Ulpien. *Si dolium signatum sit ab emptore, Tributius ait traditum id videri, Labeo contra quod et verum est. Magis enim ne summutatur signari solere quam ut tradere tum videatur*.<sup>2</sup> Ainsi, disait Cujas, la marque apposée sur des vases vinaires ne fait pas supposer la dégustation.

Le parlement de Paris jugeait formellement le contraire le 15 mai 1548, et sa doctrine a recueilli l'assentiment de M. Troplong. Il est difficile de supposer, dit l'éminent magistrat, que l'acheteur eût marqué les tonneaux, objets du marché, s'il ne se fût pas considéré comme propriétaire, et si par conséquent il n'eût goûté le vin qu'ils contiennent.

M. Troplong étaye cette opinion sur le motif donné par Ulpien comme devant la repousser. N'est-ce pas en effet, ajoute-t-il, que l'intérêt de l'acheteur à prévenir un échange clandestin de la chose vient précisément de ce qu'il a goûté le liquide, qu'il l'a trouvé tel qu'il le désirait, qu'il le considère comme à lui ? Aurait-il pris pareille précaution pour des tonneaux dont il n'aurait pas vérifié le contenu par une dégustation préalable ?<sup>3</sup>

Il est impossible de méconnaître la justesse et l'autorité de ce raisonnement. L'intérêt de l'acheteur à préve-

<sup>1</sup> L. 14, § 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*.

<sup>2</sup> L. 1, § 2, *ejusd. tit.*

<sup>3</sup> N° 103.

nir toute substitution ne se comprend que lorsque, ayant traité d'une chose certaine et déterminée, il tient à recevoir celle-là et non une autre qui serait de qualité inférieure et qu'on serait tenté d'offrir en échange. Mais tant que la dégustation n'est pas faite, la crainte d'une pareille substitution serait évidemment chimérique. D'un côté, en effet, rien n'est encore déterminé quant à la chose à livrer; de l'autre l'acheteur, ne sera tenu d'accepter qu'une marchandise bonne, loyale et marchande; et si celle offerte réunit en fait ces caractères, qu'importe à l'acheteur de recevoir celle-ci au lieu de celle-là, qui ne pourrait valoir mieux?

Pourquoi d'ailleurs apposer sa marque sur une marchandise tant que son agrément est encore incertain? C'est pour qu'on ne puisse vous livrer une autre que celle-là! et vous refuserez peut-être de la recevoir, et dans ce cas à quoi bon la précaution? On n'appose pas sa marque pour l'effacer ensuite; et si on a cru utile et nécessaire de le faire, ce ne peut être, comme l'enseigne M. Troplong, que parce que la marchandise a été goûtée, vérifiée et agréée. Toute prétention à la goûter ou à la faire goûter plus tard devrait dès-lors être repoussée.

Une autre conséquence du caractère de l'apposition de la marque de l'acheteur, est de placer la chose à ses périls et risques. Dès que celle-ci est considérée comme agréée, la vente est définitive et parfaite, et l'objet de la vente étant ainsi déterminé et individualisé, la propriété en a été irrévocablement transférée.

Cette règle et ses conséquences ne le céderaient que si, tout en apposant la marque, il avait été convenu qu'il



serait ultérieurement procédé à la dégustation. A défaut d'accords de ce genre, l'apposition de la marque est la prise de livraison, et en produit tous les effets.

155. — La vente à l'essai, qui offre avec celle sous dégustation de grandes affinités, en diffère essentiellement au point de vue de la fin de non-recevoir fondée sur la renonciation de la part de l'acheteur au droit résultant du caractère de la vente.

La délivrance aux mains de l'acheteur de la chose à essayer est une conséquence naturelle du contrat, on ne saurait donc induire de la prise de livraison, ni que l'essai a eu lieu, ni qu'on a renoncé à le faire.

Autre différence. La dégustation, nous venons de le voir, peut être déferée à un tiers et faire l'objet d'une expertise, la vente à l'essai ne comporte ni l'un ni l'autre; ce qui dans celle-ci détermine l'acheteur, c'est moins la qualité de la chose que son appropriation au but auquel il la destine, et dont il est le seul juge. Vainement donc prétendrait-on et prouverait-on que la chose est bonne, loyale et marchande, la vente n'en serait pas moins nulle dès que l'acheteur déclarerait ne point la trouver à sa convenance.

156. — C'est ce qui explique la disposition de l'article 1588. La vente à l'essai est plutôt un projet de vente qu'une vente. Le consentement de l'acheteur, subordonné aux résultats de l'essai, n'est donc que promis tant que celui-ci ne s'est pas réalisé, il n'aura jamais existé si le défaut de réussite de l'essai en détermine le refus.

La vente est donc réellement conditionnelle, et ce caractère lui était reconnu par le droit romain. Ainsi Justinien, voulant offrir un exemple de la vente conditionnelle, indique celui-ci : *Veluti si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*<sup>1</sup>

Mais le droit romain ne faisait pas de l'essai une condition suspensive, *Si ita distracta sit*, disait Ulpien, *ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub conditione distractum, sed resolvi emptionem sub conditione.*<sup>2</sup>

La condition était donc résolutoire, et de là cette conséquence que jusqu'à l'événement qui devait la résoudre la vente subsistait avec tous ses effets, qu'elle avait notamment transmis la propriété à l'acheteur qui supportait seul les risques et la perte, si elle se réalisait avant l'essai.

En effet disait Pothier, l'obligation qui résulte de la clause d'essai s'éteint lorsque la chose vient à périr ; car l'acheteur ne peut plus dire que cette chose ne lui convient pas lorsqu'elle n'est plus, ni obliger le vendeur à la reprendre. Cette clause, comme nous l'avons observé, n'étant que résolutoire, la vente faite sous cette clause est parfaite, et la chose est par conséquent devenue aux risques de l'acheteur.<sup>3</sup>

Un pareil effet était-il bien dans la nature des choses ? Pouvait-on rationnellement considérer comme propriétaire celui qui ne consent à le devenir que si la chose qu'il

<sup>1</sup> *Inst., De empt. vend., § 4.*

<sup>2</sup> *L. 5, Dig. De cont. empt.*

<sup>3</sup> N° 267.

traite est à sa convenance et remplit la destination qu'il lui a affectée ? Notre législateur crut impossible de l'admettre malgré l'autorité de la loi romaine et celle non moins grave de Pothier.

On conserva donc à la vente son caractère conditionnel, mais, par une appréciation plus exacte de sa nature, on déclara la condition suspensive et non résolutoire. Dès lors il n'y aura en réalité vente qu'après essai et sa réussite, jusque-là il n'y a pas en réalité consentement de la part de l'acheteur qui en a subordonné l'expression au résultat de l'essai.

Dès-lors aussi il n'y a qu'une proposition de vendre, et, comme l'enseignait Pothier lui-même, dans ce cas la propriété de la chose donnée à l'essai n'a pas cessé de résider sur la tête du vendeur, et si elle périt avant, la perte est pour son compte.

457. — Une autre conséquence du caractère du contrat, est son inefficacité si, l'essai ayant eu lieu, l'acheteur déclare ne pouvoir accepter la chose. Cette conséquence est aux yeux de M. Troplong un motif de critique contre le principe consacré par l'article 4588. Non, dit-il, il n'y a pas vente conditionnelle, car, dans un contrat avec condition suspensive, les deux parties ne peuvent se dégager, au lieu qu'ici l'acheteur peut discéder du marché en disant que la chose ne lui plaît pas.<sup>1</sup>

M. Troplong a raison. En principe aucune des parties ne peut discéder du marché sous condition suspensive jus-

<sup>1</sup> N° 108.

qu'à l'événement prévu. Mais cela n'est absolument vrai que lorsque la condition est purement casuelle, c'est-à-dire laissée au hasard seul, en dehors du fait personnel des parties. Je vous vends cinquante balles de laine si de ce jour à un, deux ou trois mois le navire *l'Algésiras* arrive dans le port de Marseille. Il est évident que tant que le délai convenu ne sera pas expiré, aucun de nous ne pourra revenir de son engagement, que l'arrivée du navire rendrait parfait et définitif.

Mais comment admettre qu'il pût en être de même lorsque l'événement constituant la condition est précisément le fait d'une des parties? La rupture du contrat personnel n'est plus que l'exercice du droit qui lui a été reconnu et conféré. On pourrait bien ne voir là que la condition potestative proscrite par l'article 1174 du Code Napoléon, mais dès que le législateur autorisait la vente à l'essai, et il ne pouvait faire autrement, fallait-il bien en accepter la conséquence, et admettre la légalité de la condition qui en est la base, toute potestative qu'elle puisse être. L'article 1588 consacrerait donc une exception à l'article 1174.

Ainsi la conditionnalité de la vente est ici la conséquence forcée de sa nature. J'achète si après essai la chose répond au besoin qui me détermine à me la procurer, il n'y a donc pas achat actuel. Le traité n'existera qu'après le résultat favorable de l'essai, son effet est dès-lors naturellement suspendu jusque-là. L'article 1588 ne fait donc qu'une exacte appréciation de la nature de la convention et des conséquences qui peuvent et doivent en résulter.

Ajoutons qu'il ne méconnaît ni ne viole le principe invoqué par M. Troplong, ainsi jusqu'à l'essai aucune des parties ne peut discéder de la convention. Si cet essai fait, l'impropriété de la chose étant acquise, l'acheteur est autorisé à rompre son engagement, c'est que l'événement prévu et accepté s'est réalisé. Il fallait de toute nécessité consacrer son droit, ou prohiber la vente à l'essai.

158. — Nous venons de voir que l'exécution à donner au marché, quant à l'essai, exige que la chose passe aux mains de l'acheteur, mais le contrat n'étant parfait que par l'issue favorable de l'essai, la propriété repose jusque-là sur la tête du vendeur, et la perte survenue avant resterait pour son compte, malgré la livraison.

Mais, en acceptant celle-ci, l'acheteur a assumé toutes les obligations du dépositaire, il doit donc veiller à la conservation de la chose, et surtout exécuter loyalement l'essai. La perte qui serait résultée d'un défaut de précautions ou de soins; de l'excès ou l'abus dans l'essai, resterait incontestablement à sa charge, non en vertu de la vente, mais à titre de dommages-intérêts.

159. — Le droit de l'acheteur de discéder du marché, l'obligation du vendeur de courir les risques, même après livraison, assignent un grave intérêt à la question de savoir si la vente a été ou non faite à l'essai.

L'article 1588 ne fait pas pour celle-ci ce que l'article 1587 vient de faire pour la dégustation, il n'indique aucune denrée, aucun effet devant être considéré comme vendu à essai. Ce silence ne permet pas de présumer cette

condition en aucun cas, elle ne doit être admise que si elle a été expressément stipulée. C'est ce que M. Troplong reconnaît et enseigne.

160. — M. Duvergier trouve cette conclusion trop absolue, il pense que l'usage de la place peut et doit la modifier.

Mais il serait fort difficile d'établir à ce sujet un usage général et absolu. Sans doute il est des choses qui sont souvent prises à l'essai : un cheval, une montre, une pendule, une machine, mais combien de fois n'arrive-t-il pas et sur la même localité que le marché est conclu purement et sans condition.

Ici encore il faudrait distinguer l'achat particulier de l'achat commercial. S'il est des choses qu'il soit dans l'usage d'essayer avant de les acheter, ce sont incontestablement les vêtements ; on admettra donc que celui qui achète un habit pour son usage particulier a entendu se réserver la faculté de l'essayer.

Mais, pour le marchand de confections qui achète pour revendre, admettra-t-on cette réserve ? A son tour ne fait-il pas abstraction de son goût et de ses convenances ? Peut-il avoir en vue autre chose que les exigences du public qu'il dessert ? Et ce qui est vrai pour lui l'est au même titre pour l'horloger ou le maquignon achetant pour revendre.

On comprend donc que l'usage d'essayer, que les simples particuliers pourraient invoquer, ne saurait l'être par les commerçants. En ce qui les concerne, cette faculté n'est présumée dans aucun cas, et de quelque nature que

soit la matière qu'ils ont traitée, ils ne sauraient en revendiquer le bénéfice que s'ils l'avaient expressément stipulé.

161. — Il résulterait de là que dans la vente verbale toute prétention d'avoir traité à l'essai devrait être repoussée. Cependant cette faculté a pu être dans l'intention des parties et faire la condition du marché, on arriverait donc à une injustice si on n'accordait pas le moyen d'établir la vérité.

Or, pour la vente commerciale, ce moyen existe dans l'admissibilité de la preuve orale. Que le marché soit constaté par écrit, ou qu'il ne soit que verbal, l'acheteur sera recevable à établir son véritable caractère même par témoins, si les circonstances dont il se prévaut sont graves, précises et concordantes et rendent sa prétention vraisemblable.

La vente civile obéit à d'autres inspirations, elle doit être prouvée par écrit toutes les fois que l'intérêt dépasse 150 fr. ; et s'il existe un acte, on ne peut prouver contre et outre son contenu ni ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis, encore qu'il s'agisse de moins de 150 fr.<sup>1</sup>

En conséquence, si la vente prétendue est établie par un acte écrit, le silence gardé sur la clause d'essai serait un obstacle invincible ; son existence ne pourrait être prouvée par témoins que s'il était justifié d'un commencement de preuve par écrit.

<sup>1</sup> Art. 1341 C. Nap."

Si la vente est verbale, sa dénégation pure et simple de la part du prétendu acheteur la rendrait sans effets possibles.

162. — Que si, reconnaissant l'existence de la vente, il déclare qu'elle a été faite à l'essai, l'indivisibilité de son aveu rendrait cette clause obligatoire. On ne pourrait le scinder contre lui à moins que la seconde partie n'en fût d'une invraisemblance choquante et manifeste, comme s'il s'agissait d'une chose pour laquelle l'essai ne serait ni pratiqué ni praticable.

Cette invraisemblance doit résulter de la nature des choses et non des stipulations alléguées. On ne saurait notamment l'induire de ce qu'aucun terme n'aurait été assigné pour la réalisation et la durée de l'essai. C'est ce que la Cour de cassation vient de décider expressément par arrêt du 19 avril 1858.

163. — Actionné en paiement de 405 fr. pour prix d'un cheval que Bonnisson soutenait lui avoir vendu, Benoît répondait que la vente avait été faite à l'essai ; qu'il avait pris le cheval le 9 octobre, et qu'après l'avoir essayé, reconnaissant qu'il ne pouvait lui convenir, il l'avait lui-même rendu le 18 à Bonnisson qui l'avait repris.

Par jugement du 22 janvier 1857, le tribunal civil de Joigny, sans s'arrêter à l'aveu de Benoît, maintient la vente et repousse la condition alléguée. Attendu qu'il n'est pas vraisemblable que la vente ait été faite à l'essai, sans qu'on eût eu le soin de fixer un délai pendant lequel cet essai aurait lieu.



Mais, sur le pourvoi de Benoît, ce jugement est cassé pour violation de l'article 1356 du Code Napoléon. La Cour régulatrice déclare qu'en admettant que la règle de l'indivisibilité de l'aveu fléchisse en cas d'in vraisemblance de l'une des parties de l'aveu, il faut que l'in vraisemblance soit de telle nature qu'elle puisse être assimilée à une impossibilité ; qu'il ne suffit pas d'une simple invraisemblance résultant de l'appréciation du juge.

Et spécialement que lorsque le défendeur à une demande en payement du prix d'un cheval avoue l'existence de la vente au prix indiqué, mais ajoute que la vente a eu lieu à l'essai, cette dernière partie de l'aveu ne peut être écartée par le motif unique que le défaut de fixation du temps pendant lequel l'essai eût dû être fait rendait invraisemblable la stipulation d'une telle condition.<sup>1</sup>

164. — On ne pourrait juridiquement admettre le contraire qui si la loi avait subordonné l'efficacité de la clause d'essai à la détermination du délai pendant lequel cet essai devait se réaliser. Or, une pareille exigence ne pouvait être ni dans la lettre ni dans l'esprit de la législation. Le vendeur seul a intérêt à cette détermination qu'il est libre d'exiger ; s'il néglige de le faire, on ne saurait l'en récompenser au détriment de l'acheteur qui n'a absolument rien à se reprocher.

Devrait-on conclure du défaut de détermination d'un délai que l'acheteur pourra éterniser l'épreuve à son gré?

<sup>1</sup> *D. P.*, 58, 1, 155.

Non évidemment, car la raison indique, en ce cas, qu'une pareille faculté n'a pas été, n'a pas pu être dans l'intention des parties. Aussi tout ce que le droit romain induisait de ce défaut, c'est que l'acheteur avait, pour se prononcer, un délai de 60 jours, passé lequel il n'était plus recevable à poursuivre la résolution de la vente.<sup>1</sup>

Notre Code n'a rien statué à ce sujet, et n'a tracé aucun délai pour suppléer au silence de la convention. Mais on ne saurait en conclure qu'il a laissé l'acheteur libre de n'écouter à cet égard que ses convenances ou son caprice.

Tant qu'il n'a pas reçu la chose, il n'encourt aucune déchéance, il pourra donc se livrer à l'essai à quelque époque que la chose lui soit remise.

Mais cette remise effectuée, il doit immédiatement procéder à l'essai et se prononcer dans un délai suffisant pour qu'il puisse le faire avec connaissance de cause. Le retard plus ou moins long qu'il mettrait à s'expliquer pourrait faire présumer qu'il a agréé la chose et autoriser le vendeur à exiger le payement du prix.

Dans tous les cas, les juges pourraient assigner un délai pendant lequel l'acheteur serait tenu de se prononcer, et passé lequel il ne lui serait plus permis de discéder du contrat.

465. — Si le délai convenu pour l'essai est déterminé dans la convention, son observation et de rigueur. L'acheteur, qui après son expiration aurait conservé la

<sup>1</sup> L. 31, § 22, Dig. De *actio edict.*

chose en sa possession, serait présumé l'avoir agréée. Il ne pourrait donc plus prétendre l'essayer, sous prétexte qu'il ne l'aurait pas fait encore, ni discéder du marché : *Conditio semel defecta non restauratur*. On ne peut être relevé d'une déchéance qu'on a laissée s'accomplir. Or, dans notre hypothèse, la déchéance résulte formellement et de plein droit de l'expiration du délai.

C'est ce que la pratique a admis. L'acheteur qui a laissé écouler le délai sans avoir usé de son droit, est condamné à garder pour son compte la marchandise qu'il avait reçue pour l'essayer, et à en payer le prix, soit à titre de dommages-intérêts pour inexécution, soit par l'effet de la présomption que le marché a été agréé.<sup>1</sup>

Cette pratique a recueilli l'assentiment de M. Troplong, qui l'approuve parce que, dans le commerce, l'intérêt dominant est la circulation de la marchandise qui ne doit jamais rentrer dans les magasins du vendeur sans de graves motifs, attendu qu'il en résulterait pour lui un grave préjudice.<sup>2</sup>

166. — Au reste, à quelque titre qu'elle soit prononcée, la déchéance est en réalité une clause pénale en faveur du vendeur et contre l'acheteur. Elle garantit l'exécution de l'engagement contracté par celui-ci, et devient la juste peine de sa négligence ou de sa mauvaise volonté.

Il est dès-lors évident que la prétention du vendeur en poursuivant le bénéfice ne saurait manquer d'être accueil-

<sup>1</sup> Pardessus, n° 294.

<sup>2</sup> N° 109.

lie, mais serait-il recevable et fondé à faire du défaut d'essai un motif pour faire prononcer la résiliation de la vente en sa faveur.

Nous ne le pensons pas ; la condition d'essai est dans l'intérêt unique de l'acheteur, elle ne suspend les effets de la vente qu'en ce qui le concerne exclusivement. Il lui est donc loisible d'y renoncer, et l'exercice qu'il ferait de ce droit ne pourrait fournir au vendeur l'occasion de discéder du marché, qui est parfait et définitif à son égard.

Or l'acheteur qui, dans le délai qui lui était imparti, n'a pas procédé à l'essai, n'a fait que renoncer tacitement à la faculté qu'il s'était réservée. C'est ce qu'il pourrait faire expressément sans que le vendeur trouvât à y redire. A quel titre serait-il admis à contester dans notre hypothèse.

Que l'acheteur ait ou non procédé à la dégustation, sa déclaration que la marchandise est à sa convenance rend la vente parfaite et irrévocable. Elle est dans tous les cas un obstacle invincible à ce que le vendeur en obtienne la résiliation, à moins d'un refus ou d'un défaut de payement du prix.

467. — Si l'acheteur, avant l'expiration du délai convenu, meurt sans avoir procédé à l'essai, la vente est-elle résiliée en faveur du vendeur ? Voët se prononçait pour l'affirmative ; considérant le droit comme exclusivement personnel, il en refusait l'exercice aux héritiers.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sur loi *De contrah. empl.*, n° 26.

M. Troplong combat cette doctrine qu'avec raison il déclare inadmissible. La condition d'essai est attachée à la chose plutôt qu'à la personne. Celui qui succède à l'acheteur dans l'exploitation au service de laquelle cette chose était destinée éprouve les mêmes besoins ; substitué aux obligations de son auteur, il hérite de tous ses droits. On ne saurait donc lui dénier celui de procéder à l'essai ; de discéder du contrat si la chose ne remplit pas la destination qu'elle a reçue ; d'en contraindre l'exécution en cas contraire.

168. — Du principe que la condition d'essai n'est pas un droit exclusivement personnel à l'acheteur, il suit que la faillite de celui-ci survenant avant l'expiration du délai convenu, la masse est recevable à réaliser l'essai, et à retenir la chose si elle le croit utile à ses intérêts, ou s'en abstenir et la restituer.

Dans le premier cas, elle serait obligée de payer intégralement le prix. Sans doute c'est avec le failli que le marché est intervenu, mais son effet, suspendu jusqu'à l'essai, rendait la vente incertaine, et si, en réalisant cet essai, la masse s'approprie la chose, c'est elle qui donne à la vente toute sa perfection et qui achète réellement. On ne saurait donc l'exonérer de l'obligation de payer intégralement le prix.<sup>1</sup>

169. — Mais le vendeur ne serait plus que simple créancier chirographaire, si avant sa faillite l'acheteur avait

<sup>1</sup> Troplong, n° 413.

réalisé l'essai ou renoncé expressément ou tacitement à le faire. L'intérêt que la masse a à le faire admettre ainsi peut faire prévoir qu'elle se prévaut de cette exception pour faire écarter les prétentions du vendeur réclamant l'intégralité du prix.

Les juges auront donc à prononcer sur le fondement de l'exception, et aucun doute ne saurait exister si la renonciation dont excipe la masse était expresse.

La difficulté se comprend s'il s'agit d'une renonciation tacite, mais cette difficulté ne serait sérieuse que si le traité n'avait déterminé aucun délai pour l'essai.

Dans le cas contraire, la renonciation serait admise si, au moment de la faillite, le délai convenu était expiré sans que la chose eût été rendue; elle serait repoussée si, étant encore dans le délai, le failli n'avait pas expressément agréé la chose.

169 bis. — La vente sur échantillon peut être assimilée à la vente à l'essai, en ce sens que l'efficacité du contrat est subordonnée à la conformité de la marchandise avec l'échantillon.

Il est dès-lors évident que la prise de livraison n'est jamais faite que sous la réserve de vérifier cette conformité. Elle ne saurait donc créer une fin de non-recevoir contre la demande en nomination d'experts chargés de vérifier. Cette demande ne peut être formée qu'après que la chose vendue est arrivée aux mains de l'acheteur. On ne peut dès-lors admettre que sa réception emporte renonciation à l'intenter.

On n'a jamais tenté de le soutenir lorsque, le marché

traité par correspondance, la marchandise est directement expédiée d'un lieu sur un autre, sans que l'acheteur ait été à même de la voir et de la vérifier. Qu'en est-il dans l'hypothèse d'une vente entre commerçants de la même place, exécutée sur la place même.

L'acheteur, dans ce cas, nanti de l'échantillon, est en mesure, et par conséquent en demeure de vérifier si la marchandise est ou non conforme. Donc s'il l'accepte et la reçoit dans ses magasins, ne devra-t-on pas présumer qu'il en a reconnu la conformité, et s'est ainsi rendu non-recevable à la faire ultérieurement expertiser?

En droit pur, cette question devrait se résoudre par l'affirmative, mais son rigorisme est peu compatible avec les exigences commerciales. Ces exigences ont donné naissance à des usages dont l'observation est recommandée par la loi elle-même.

C'est donc par l'usage de la place qu'on doit se prononcer. Ainsi la Cour de Bordeaux jugeait, le 27 août 1831, qu'à Bordeaux la réception des sucres bruts, alors même qu'elle est faite sans protestation ni réserve, ne prive pas l'acheteur de la faculté de faire vérifier s'ils sont conformes aux échantillons.

Il s'agissait dans cette espèce de sucres achetés sur la localité par l'intermédiaire de courtiers, et transférés des magasins du vendeur dans ceux de l'acheteur. Ce dernier, après réception, soutenait qu'ils n'étaient pas conformes à l'échantillon et demandait que la vérification en fût faite par experts.

Le vendeur répondait : Un fait essentiel est que vous avez pris livraison et reçu la marchandise sans protesta-

tion ni réserve ; vous n'avez pas demandé comme vous en aviez le droit, à cette époque, de vérification. La conséquence légale qu'on doit tirer de votre silence, c'est que vous avez été satisfait de la marchandise, que vous l'avez trouvée loyale et marchande, et créé ainsi une fin de non-recevoir insurmontable contre votre demande tardive en vérification. L'expertise serait d'ailleurs frustratoire, puisque si les sucres étaient trouvés défectueux, il serait impossible de décider de qui, depuis la prise de possession, cette avarie pouvait provenir.

Mais il n'était pas question de savoir si les sucres étaient ou non défectueux, si sans avarie aucune ils étaient loyaux et marchands. Indépendamment de cette condition, la vente sur échantillon en exige une autre, la conformité. L'absence de celle-ci annule la vente, quelque parfaite que puisse être la marchandise dans sa qualité.

Or, ajoutait-on, il n'est ni dans les usages, ni dans les possibilités du commerce que l'acheteur se transporte au domicile du vendeur pour vérifier cette conformité. Ce n'est qu'après la remise que cette vérification peut et doit se faire.

C'est ce que le tribunal de commerce, et, sur l'appel, la Cour de Bordeaux consacrent en effet ; plus tard, et par arrêt du 22 novembre 1832, la Cour suprême rejetait le pourvoi dont l'arrêt de la Cour de Bordeaux avait été l'objet.

La demande en vérification, même après réception, est donc recevable en droit, mais en fait elle ne sera pas toujours admise. Il faut, en effet, pour qu'elle puisse l'être :



1° qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la véracité de l'échantillon. C'est pour cela qu'il est ordinairement soit remis sous le sceau du vendeur, soit déposé en mains tierces. Il est évident qu'en l'absence de toute précaution à ce sujet, l'allégation que l'échantillon représenté n'est pas celui qui avait été remis pourrait créer de graves et sérieuses difficultés.

Il faut de plus que la demande en vérification suive de près la réception. Le retard que l'acheteur mettrait à l'intenter pourrait faire présumer son agrément définitif, et repousser une vérification tardivement réclamée.

Il est une autre difficulté que la réception de la marchandise est dans le cas de faire naître. Celle relative à l'identité entre la marchandise dont on demande la vérification et celle qui a été réellement livrée. On peut prévoir en effet que le vendeur, voulant échapper à la résiliation, ne manquera pas d'objecter soit une substitution, soit une altération dans la qualité, à l'effet de faire résilier un marché devenu onéreux. L'appréciation de ces reproches est laissée à la prudence et aux lumières des juges. Comme éléments de conviction, ils ont la moralité des parties, leur position commerciale ; l'intervalle entre la réception et la poursuite ; le plus ou moins de spontanéité des réclamations amiables ayant précédé celle-ci, etc....

Le défaut de conformité de la marchandise avec l'échantillon constaté, la vente est nulle et de nul effet. En réalité donc la vente sur échantillon est conditionnelle comme celle à l'essai.

Mais la condition suspensive dans celle-ci, est résolu-

toire dans la première; de là cette conséquence importante que la vente est parfaite par le concours de volontés; que la livraison réelle ou feinte a transféré la propriété à l'acheteur; que la perte ultérieurement survenue, mais avant la vérification, est à la charge exclusive de ce dernier; alors, en effet, *il ne peut plus dire et prouver, la chose n'existant plus, qu'elle n'est pas conforme, ni obliger le vendeur à la reprendre.*<sup>1</sup>

---

## SECTION II.

### **Des promesses de vente.**

---

#### SOMMAIRE.

- 170. Caractère de la promesse de vente, ses conditions.
- 171. Définition qu'en faisait Pothier.
- 172. Droit ancien sur la promesse unilatérale.
- 173. Merlin enseigne qu'elle est nulle, arrêts dans ce sens.
- 174. Doctrine contraire de M. Troplong, son caractère juridique.
- 175. Opinion de l'auteur.
- 176. Espèces des arrêts des Cours de Riom et de Bourges.
- 177. Importance de l'acceptation, quand doit-on la supposer.
- 178. Comment se règle le droit du promettant de discéder du marché, lorsqu'un délai a été assigné pour l'acceptation.
- 179. M. Duranton exige une mise en demeure. Réfutation.

<sup>1</sup> Pothier, n° 266.