

par cette considération que la perte de la chose empêche de déterminer le prix que l'acheteur doit payer, puisque le prix dépend du mesurage, et le mesurage est impossible quand la chose a péri. Encore cela suppose-t-il qu'il y a impossibilité absolue de déterminer le prix par une autre voie. Il est certain que l'acheteur est débiteur, puisque l'on suppose que le vendeur a rempli son obligation; or, dès qu'il y a dette, elle doit être payée. En définitive, c'est l'autorité de Pothier qui doit l'emporter, car il s'agit de déterminer le sens d'une disposition qui a été puisée dans son traité. Il faut donc s'en tenir au texte de l'article 1585 et mettre les risques à la charge du vendeur (1).

140. On admet que l'article 1585 n'est pas applicable aux ventes commerciales quand les marchandises sont vendues au poids, sur commande adressée par un acheteur à un vendeur résidant dans une autre localité. La question est très-douteuse; comme elle concerne le droit commercial, nous nous bornerons à citer l'arrêt récent de la cour de cassation, qui a décidé que, dans ce cas, la vente est parfaite dès l'instant où les marchandises ont été pesées et remises au voiturier par le vendeur. L'arrêt de la cour de Paris qui a été cassé s'était prononcé pour l'application de l'article 1585 (2).

§ III. *De la vente de choses que l'on est dans l'usage de goûter.*

141. L'article 1587 porte : « A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, *il n'y a point de vente*, tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées. » Il n'y a point de vente, donc la vente ne se forme que lorsque l'acheteur déclare qu'il agréé la chose vendue; jus-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 9, n° 7 bis II.

(2) Cassation, chambre criminelle, 24 décembre 1875 (Daloz, 1876, 1, 91).

que-là il n'est pas lié, parce qu'il n'a consenti à acheter que si les choses sont de son goût; c'est seulement après qu'il les a goûtées et agréées qu'il consent à les acheter. Mais si l'acheteur n'est pas lié, le vendeur l'est, car il a consenti à vendre; mais c'est un consentement unilatéral qui ne lui donne aucune action contre l'acheteur, sauf celle qui appartient à tout promettant; car son engagement est, en réalité, une promesse de vendre. La promesse deviendra une vente, du jour que l'acheteur aura déclaré qu'il agréé la chose. Mais il peut dire aussi qu'il ne l'a agréé pas; dans ce cas, il n'y aura point de vente (1).

142. On a donné un autre sens à l'article 1587; la vente, dit-on, est conditionnelle (2). Mais la condition qui consiste à goûter la chose et à l'agréer étant purement potestative, on ne peut pas dire que l'acheteur soit obligé; cela est si vrai que ceux qui admettent que la vente est conditionnelle avouent qu'elle dépend du caprice de l'acheteur; il achète s'il veut, il ne contracte aucun engagement; il n'y a donc pas de vente, même conditionnelle, car la vente conditionnelle implique des obligations réciproques contractées par les deux parties. On invoque l'article 1588, aux termes duquel la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive. La disposition témoigne contre ceux qui veulent s'en prévaloir. Il y a, entre l'article 1588 et l'article 1587, une différence de rédaction qui est décisive; quand il s'agit de la vente à l'essai, la loi dit formellement qu'elle est *conditionnelle*, ce qui implique qu'il y a une vente; tandis que s'il s'agit de choses que l'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter, la loi dit qu'*il n'y a point de vente* tant que l'acheteur ne les a pas agréées; donc la vente n'existe point au moment où la convention se forme; elle n'existera que lorsque l'acheteur aura agréé les choses; et s'il les agréé, on ne peut pas dire que son consentement rétroagit; on conçoit la rétroactivité d'une condition, on ne conçoit pas que le consente-

(1) Troplong, p. 59, n° 97. Aubry et Rau, t. IV, p. 334 et suiv., § 349.

(2) Duvergier, t. I^{er}, p. 96, n° 97. Colmet de Santerre, t. VII, p. 14, n° 8 bis I. En sens contraire, Troplong, p. 59, n° 97; Aubry et Rau, t. IV, p. 334, note 14, § 349.

ment soit donné à une époque où l'acheteur n'a pas consenti.

143. La question de savoir si la vente est conditionnelle n'a pas d'importance en ce qui concerne les risques; dans toutes les opinions, on admet que les risques sont pour le vendeur; si la chose vient à périr, l'acheteur est dans l'impossibilité de déguster, et, par suite, la vente ne peut pas se parfaire; quand il y a seulement détérioration, la dégustation pourra se faire, mais l'acheteur déclarera naturellement qu'il n'agrée pas la chose (1).

Mais la question a de l'importance en ce qui concerne la translation de la propriété. Dans notre opinion, la vente n'existe que du moment où l'acheteur a agréé la chose; ce n'est donc qu'à partir de ce moment que la propriété est transférée. Dans l'opinion contraire, on admet que la propriété est transmise à l'acheteur lors de la vente, bien entendu, si la chose est déterminée, le vin de tel tonneau; dans ce cas, dit-on, la convention est une promesse conditionnelle de corps certains, elle doit donc transférer une propriété conditionnelle; peu importe qu'il n'y ait pas vente, il y a promesse de donner, et cela suffit pour que la propriété soit transférée par la convention (2). Non, cela ne suffit point. Il est de principe que la propriété se transfère par l'effet des contrats, c'est-à-dire par le concours du consentement des deux parties; on ne conçoit pas la translation de la propriété par l'effet d'un engagement unilatéral de donner; pas même à titre de transmission conditionnelle, car pour la translation d'une propriété conditionnelle, il faut concours de volontés aussi bien que pour la transmission pure et simple; or, dans la vente de l'article 1587, ce concours de volontés n'existe point; donc la propriété n'est pas même transmise conditionnellement. En réalité, il n'y a point de condition, c'est le consentement qui fait défaut, et le consentement ne rétroagit point. La vente de l'article 1587 est, en réalité, une simple promesse de vente, et la promesse unilatérale

(1) Troplong, p. 62, n° 101. Colmet de Santerre, t. VII, p. 14, n° 8 bis I.

(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 14, n° 8 bis II.

de vendre ne transfère pas la propriété; la transmission de la propriété ne se fait que lorsque le créancier a déclaré vouloir acheter (n°s 15 et 16).

144. L'article 1587 suppose que l'acheteur peut refuser d'agréer la vente sans qu'il doive rendre compte des motifs de son refus; son motif est que la chose n'est pas de son goût, et le goût est tout à fait individuel. De là suit que le vendeur ne serait pas admis à prouver que la marchandise est bonne et loyale en provoquant une expertise, car les parties ne s'en sont pas rapportées à l'appréciation des experts, elles ont subordonné l'existence de la vente au goût individuel de l'acheteur.

En est-il ainsi dans tous les cas où la vente a pour objet des choses que l'on goûte d'habitude avant de les acheter? Il est certain que les parties peuvent convenir que la dégustation se fera par des experts; dans ce cas, la vente change de nature: l'acheteur est engagé, il est obligé de tenir la vente, si l'expertise prouve que la chose vendue est bonne et loyale. Cette vente sera-t-elle conditionnelle? Il y a nécessairement une condition, c'est que la vente n'est valable que si la marchandise est bonne et loyale, au dire des experts. Mais quelle est cette condition? est-elle suspensive ou résolutoire? Cela dépend de la volonté des parties contractantes, il faut donc abandonner la solution au juge (1).

Ainsi la différence est grande entre la vente de l'article 1587 et la vente faite sous la condition de dégustation par les experts. Quand peut-on admettre que les parties s'en sont rapportées au goût des experts? Il ne faut pas de déclaration expresse, car le consentement peut être tacite. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi suppose que la vente dépend du goût de l'acheteur. La clause contraire est une exception; il faut, par conséquent, qu'elle résulte bien clairement de la convention.

145. Il a été jugé que l'article 1587 ne reçoit pas son application quand les parties y ont tacitement dérogé, et qu'il y a dérogation tacite quand l'acheteur connaissait

(1) Troplong, p. 60, n°s 99 et 101.

depuis longtemps le terrain dont il achetait le produit, non pour sa consommation particulière, mais pour le livrer, par le commerce, au goût des consommateurs. La cour conclut de là que les parties ont entendu faire une vente définitive et parfaite dès le jour du contrat. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida que l'article 1587 n'étant pas d'ordre public, il était permis aux parties intéressées d'y déroger par des conventions particulières et qu'il appartenait aux cours d'appel de juger, d'après les circonstances, s'il y avait convention et d'en déterminer la nature et les effets (1). La cour de cassation ne dit pas qu'il y a dérogation par cela seul que la vente a lieu entre marchands et que les choses achetées sont destinées à être revendues; c'eût été établir une exception *a priori*, tandis que la dérogation ne peut résulter que des conventions intervenues entre les parties. Il en est de même de l'arrêt de la cour d'appel; la circonstance que la vente a lieu entre marchands et que le vin est destiné à la consommation du public n'est que l'un des éléments de la décision. La question est donc purement de fait; les auteurs ont tort de faire d'une exception de fait une règle générale qui exclurait l'application de l'article 1587 dans toutes les ventes de marchand à marchand (2). Il se peut que ces ventes soient aussi subordonnées au goût de l'acheteur; celui qui débite des vins ou des liqueurs peut devoir sa réputation et sa clientèle à la délicatesse de son goût; dans ce cas, ce n'est pas le goût des experts qui décidera, c'est le goût individuel de l'acheteur. Mais on ne doit pas non plus ériger en règle ce fait particulier et dire que l'article 1587 est toujours applicable aux ventes commerciales (3). L'article est applicable en droit, mais sauf dérogation. Il peut donc y avoir dérogation; il faut pour cela une convention; à défaut de convention, l'article 1587 reste applicable. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce où le premier juge avait

(1) Rejet, 29 mars 1836 (Daloz, au mot *Vente*, n° 239). Comparez Bruxelles, 22 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865. 2, 41).

(2) Troplong, p. 61, n° 100, 1°. Aubry et Rau, t. IV, p. 335, note 15, § 349.

(3) Colmet de Santerre, t. VII, p. 15, n° 8 bis V.

appliqué l'article 1587 à une vente commerciale. La cour rejeta le pourvoi par le motif qu'il ne résultait du jugement attaqué aucune *convention*, aucun *usage* qui eût dérogé au texte littéral et formel de l'article 1587, ce qui justifiait la décision (1). Il importe de remarquer que la cour place l'*usage* sur la même ligne que la *convention*; c'est une application de l'article 1160, aux termes duquel on doit suppléer, dans les contrats, les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. Cela est vrai surtout en matière de commerce, puisque les usages commerciaux tiennent lieu de loi.

146. On admet encore qu'il y a dérogation à l'article 1587 lorsque l'acheteur et le vendeur n'habitent pas la même ville. J'achète une pièce de vin d'un marchand de Bordeaux : pourrai-je le refuser, quoique le vin soit loyal et marchand, en disant qu'il n'est pas de mon goût? La question est la même que celle que nous venons de discuter. On ne peut pas la décider en termes absolus, puisqu'il s'agit de savoir si les parties ont dérogé à l'article 1587. Le juge appréciera (2).

147. Il reste une difficulté : quand et où la dégustation doit-elle se faire? Cela dépend également de la convention des parties. A défaut de convention sur l'époque de la dégustation, il faut appliquer, par analogie, ce que nous avons dit de la promesse unilatérale de vente; la vente de l'article 1587 n'étant, en réalité, qu'une promesse de vendre (n° 18). Si, par dérogation à l'article 1587, l'acheteur a acheté en s'en rapportant au goût général, la convention doit s'exécuter immédiatement; on suppose qu'il n'y a pas de terme conventionnel, et il n'y a pas de terme tacite autre que le temps nécessaire pour prendre livraison et pour faire déguster la chose vendue (3).

Où la dégustation doit-elle se faire? Il y a, sur ce point, deux arrêts contradictoires rendus par la même cour. La

(1) Rejet, chambre civile, 5 décembre 1842, après délibéré en chambre du conseil (Daloz, au mot *Vente*, n° 240, 2°).

(2) Comparez Troplong, p. 62, n° 100, 2° et 3°. Duvergier, t. 1^{er}, p. 101, n° 101.

(3) Comparez Troplong, p. 63, n° 102 Liège, 4 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868. 2. 211).

cour de Besançon a jugé d'abord que la dégustation devait se faire dans les magasins du vendeur. Puis la même cour a décidé qu'elle devait se faire au lieu de la livraison (1). Il nous semble que les deux décisions sont trop absolues. Tout dépend des circonstances. Il faut abandonner ces questions à l'appréciation du juge.

§ IV. De la vente à l'essai.

148. Aux termes de l'article 1588, « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive. » C'est dire que la vente est conditionnelle; elle existe, par conséquent, mais elle dépend, dans ses effets, d'un événement futur et incertain, l'essai qui sera fait. Cet essai dépend-il uniquement de la volonté de l'acheteur, en ce sens qu'il peut déclarer que la chose ne lui convient pas, qu'il ne peut pas s'en servir (2)? La loi ne dit pas cela; ce serait assimiler la vente de l'article 1588 à la vente de l'article 1587; or, le texte établit une différence, comme nous en avons déjà fait la remarque (n° 142), et la différence est essentielle. La vente de l'article 1587 n'existe que lorsque l'acheteur agrée la chose; jusque-là il n'y a qu'un contrat unilatéral, tandis que la vente de l'article 1588 existe immédiatement, mais elle est soumise à une condition; si la condition s'accomplit, la vente produira tous ses effets, du jour où elle a été contractée. Quelle est cette condition? Elle n'est pas purement potestative, et cela se comprend; la chose a sa destination; si elle convient à l'usage pour lequel elle est faite et achetée, l'acheteur ne peut pas la rendre au vendeur; il ne s'agit pas ici de son goût, il s'agit de savoir si la chose convient ou non; en cas de contestation, les experts décideront (3). Les parties pourraient, sans doute, stipuler le contraire, mais, dans ce cas, la convention changerait de nature, l'acheteur ne

(1) Besançon, 4 juillet 1852 (ou 1862) et 13 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 2, p. 10 et 11).

(2) Colmet de Santeurre, t. VII, p. 16, n° 9 bis.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 335, § 349.

serait pas lié, le vendeur seul le serait; il y aurait promesse de vente plutôt que vente (1).

149. Les auteurs du code se sont écartés en ce point de la doctrine de Pothier. D'après lui, la vente à l'essai était faite sous condition résolutoire. Il va sans dire que les parties peuvent la faire sous cette condition; l'article 1588 *présume* seulement que la volonté des parties est de traiter sous condition suspensive; libre à elles de manifester une volonté contraire. Le cas s'est présenté. Un marchand de chevaux vend une jument sous la clause suivante: A la foire de mai, l'acheteur devait lui donner 1,800 francs, ou lui rendre la jument si elle ne lui convenait pas; il ajoutait qu'il n'entendait pas être responsable des accidents qui pourraient lui arriver. La cour de Poitiers décida qu'il y avait vente sous condition résolutoire, ce qui est évident (2).

150. Il n'y a aucune difficulté quant aux risques. Le vendeur ne les supporte pas dans la vente de l'article 1588. Si la chose périt avant l'essai, la condition ne peut pas s'accomplir, puisque l'acheteur ne peut plus faire l'essai, et quand la condition défailit, il en résulte que la vente est considérée comme n'ayant jamais existé. Si la vente est faite sous condition résolutoire, les risques sont pour l'acheteur, d'après le droit commun.

SECTION IV. — De la dation en paiement.

151. Il y a une grande analogie entre la dation en paiement et la vente. Pothier définit la dation en paiement comme suit: « C'est un acte par lequel un débiteur donne une chose à son créancier, qui veut bien la recevoir à la place et en paiement d'une somme d'argent ou de quelque autre chose qui lui est due. » Cette convention ressemble à la vente, à ce point qu'une loi romaine dit: Donner en paiement, c'est vendre. La chose qui est donnée en paiement tient lieu de la chose vendue, et la somme

(1) Comparez Troplong, p. 66, nos 106 et 107. Bruxelles, 1^{er} mai 1871 (*Pas crisis*, 1871, 2, 269).

(2) Poitiers, 28 juin 1873 (Dalloz, 1874, 2, 30).

en paiement de laquelle elle est donnée tient lieu de prix. Pour que l'analogie existe, il faut donc que la chose due soit une somme d'argent, sinon il n'y aurait pas de prix, partant pas de vente.

L'analogie est consacrée par le code civil. Il prohibe la vente entre époux, sauf dans les trois cas prévus par l'article 1595; or, dans ces trois cas, il y a dation en paiement; les deux conventions sont donc mises sur la même ligne. Il résulte de là une conséquence très-importante, c'est que l'on doit appliquer à la dation en paiement les principes qui régissent la vente. Pothier applique cette règle à la garantie. Si le créancier est évincé de la chose qu'il a reçue en paiement, il a une action contre le débiteur : quelle est cette action? Les Romains, très-exacts et très-subtils, l'appelaient action *utile ex empto*. Ce n'était pas l'action proprement dite, naissant de la vente, puisque, malgré les analogies, il y a des différences entre la vente et la dation en paiement; mais l'action avait le même fondement, l'obligation de garantie, et elle produisait les mêmes effets. Comme, en droit moderne, nous ne connaissons pas les actions utiles, on peut dire que le créancier peut agir en garantie contre le débiteur et qu'il a les mêmes droits que l'acheteur (1).

152. Toutefois Pothier n'identifie pas la dation en paiement et la vente; il signale plusieurs différences entre les deux conventions. La dation en paiement est translative de propriété, tandis que, dans l'ancien droit, le vendeur ne s'obligeait pas à transférer la propriété. Cette différence n'existe plus en droit moderne; la vente a pour objet de transférer la propriété, aussi bien que la dation en paiement; c'est donc une nouvelle analogie entre ces deux faits juridiques.

Pothier établit une seconde différence qui subsiste sous l'empire du code. Il pose la question en ces termes. Un débiteur convient avec son créancier qu'il lui vend un immeuble pour 10,000 francs, laquelle somme vient en compensation de pareille somme qu'il lui doit : voilà une

(1) Pothier, *De la vente*, n° 604.

vente. S'il est dit que le débiteur donne à son créancier une chose en paiement de la somme de 10,000 francs qu'il lui doit, il y a dation en paiement. Voici la différence entre ces deux conventions qui, au premier abord, paraissent identiques. Si je vous ai vendu un immeuble pour une somme de 10,000 francs en stipulant que ladite somme se compenserait avec ma dette et que je ne vous doive rien, quel sera mon droit? Puis-je répéter la chose que je vous ai vendue? Non, notre contrat subsiste; seulement il se trouve que l'acheteur, qui devait payer son prix par voie de compensation, ne l'a pas payé, puisqu'il n'était pas créancier; il reste donc débiteur du prix; mon action est, par conséquent, l'action dérivant de la vente en paiement du prix. Cette action est garantie par un privilège, et le vendeur a de plus l'action en résolution. Si, au contraire, je vous ai donné un immeuble en paiement de la somme que je croyais vous devoir, et si je ne vous dois rien, j'ai fait un paiement indû; je puis donc répéter la chose que j'ai payée par l'action en répétition de l'indû. Cette action n'est munie d'aucun privilège; nous avons dit, en traitant des quasi-contrats, à quelles conditions la répétition est soumise et quels en sont les effets (1).

153. Il y a encore une différence entre la dation en paiement et la vente. Aux termes de l'article 1602, tout pacte ambigu ou obscur s'interprète contre le vendeur. C'est une dérogation au droit commun, comme nous allons le dire, et par cela même elle est de stricte interprétation. On ne peut donc pas étendre la disposition de l'article 1602 à la dation en paiement. Il n'y a pas même analogie; les motifs que l'on donne pour justifier l'article 1602 ne s'appliquent qu'à la vente.

(1) Pothier, *De la vente*, n° 602, suivi par les auteurs modernes (Duvergier, t. 1^{er}, p. 44, nos 45 et 46; Troplong, p. 21, n° 7).