

Quelques notes en matière de risque, d'incidence du retard et de la *perpetuatio obligationis*

1. – Ces dernières années, le risque ⁽¹⁾ est une des notions qui a fait l'objet d'une attention croissante de la part des spécialistes.

Ce phénomène n'apparaît pas encore, à ce jour, correctement étudié et encore moins classifié sur le plan dogmatique.

Quant à la définition du risque, il a été écrit récemment que «le risque est la conséquence économique d'un évènement incertain» ⁽²⁾. Cette formule n'est, toutefois, pas complètement satisfaisante.

En effet, ce qui compte n'est pas tant l'incertitude de l'évènement dont dépend la conséquence économique, que cette dernière en tant que telle.

Sous cet aspect il semble préférable – à mon avis – mettre en évidence que l'essence du risque est constituée par l'incertitude à conserver ce que l'on a, ou de subir un préjudice, au lieu d'en obtenir quelque amélioration ou vice versa.

De «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

(1) G. ALPA, *Rischio*, *Enciclopedia del diritto* 1989, vol. 40, p. 1144 et suivantes ; Id., *Rischio contrattuale*, dans *Noviss. Dig.*, appendice, Turin, 1986, vol. VI, p. 863 et suivantes ; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milan, 1975 ; ALPA-BESSONE-ROPPA, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Naples, 1982 ; R. NICOLÒ, *Alea*, *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1958, I, p. 1024 et suivantes ; C. CARAVELLI, *Alea*, *Nuovo Digesto italiano*, I, Turin, 1937 ; G. DI GIANDOMENICO, *Il contatto e l'alea*, Padoue, 1987, p. 7 et suivantes ; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Giappicchelli 1992, p. 296 et suivantes ; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padoue, 1934, p. 19 et suivantes ; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Milan, 1979, p. 108 et suivantes.

(2) V. SALANDRA, *Delle obbligazioni*, in *Trattato Scialoja e Branca*, Bologne, 1966, sous art. 1893, p. 235 et suivantes ; G. ALPA, *Rischio*, *Enciclopedia del diritto*, 1989, vol. 40, p. 1146.

Le risque dont nous parlons appartient sans aucun doute à la catégorie des phénomènes économiques, même s'il s'agit cependant d'un risque juridique, en ce sens que le risque économique est considéré ici du point de vue de la «nécessité d'être, c'est-à-dire que qui en a la charge est contraint de le subir».

Le risque peut concerner le titulaire d'une situation juridique en cours, comme le propriétaire d'un bien, ou d'une situation en devenir, comme celui a le droit de recevoir ce bien de la part de son débiteur.

Il peut avoir un caractère instantané ou exiger une certaine durée, comme c'est le cas pour une obligation différée, continue ou périodique ⁽³⁾.

Si le risque est inhérent à une obligation, il peut se subdiviser en risque contractuel ou extracontractuel.

En ce qui concerne le risque contractuel, se discute le fait ⁽⁴⁾ de savoir s'il se réfère à l'acte ou à l'obligation qui naît du risque.

Il s'agit, cependant, – selon moi – d'un faux problème car dans un cas, le risque se réfère à un engagement à prendre ⁽⁵⁾, alors que dans l'autre, il se réfère à un engagement déjà pris.

Le premier aspect pose le problème délicat du rapport entre risque contractuel et cause contractuelle ⁽⁶⁾, qui demeure encore aujourd'hui un sujet à découvrir et à approfondir.

La différence entre le risque fondé sur l'obligation et celui, au contraire, pris le jour du contrat, fait partie du nombre de choses qui se produisent naturellement.

(3) L'auteur de la rubrique «risque» dans *Enciclopedia Italiana di Scienze, lettere ed arti*, Treccani, vol. XXIX, p. 420, parle de risque statique et dynamique sous une autre perspective.

(4) Dans le sens que le risque est inhérent au contrat : G. PACCHIONI, *Obbligazioni*, Milan, 1898, pag. 344, n° 1 ; dans le sens que le risque est inhérent, au contraire, aux obligations : G. GORLA, *Dal rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padoue, 1934, p. 49 et 50.

(5) En référence à l'acte juridique, G.C. GRAZIOLA, dans *Enciclopedia Europea*, Garzanti, vol. IV, rubrique «*Rischio*», p. 754, définit le risque comme «les conditions pour lesquelles un sujet fait un choix ou prend une décision et lorsque chaque décision est associée à une multiplicité de conséquences, chacune d'entre elles correspond à la réalisation d'un état particulier du monde».

(6) Afin d'avoir une vision plus récente du concept de cause et de la bibliographie s'y référant : voir L. FERRIGNO, *Contratto ed impresa*, Padoue, 1985, I, p. 115 et suivantes. Dans le sens que la notion de

Par ailleurs, le risque que l'on prend peut être pour soi ou pour autrui comme dans le cas d'un contrat de garantie et, en particulier, d'un contrat fidéjusseur ou d'assurance ⁽⁷⁾.

Comme nous l'avons rappelé ci-dessus, un des aspects du risque concerne l'incertitude de pouvoir conserver ce que l'on possède, dans le sens physique ou plus exactement dans le sens économique du terme, ce bien pouvant être perdu ou développé. Ceci concerne en particulier le risque couru par le propriétaire d'un bien auquel se réfère la règle générale «*res perit domino*».

Le changement continu des valeurs économiques des biens explique le fondement du lieu commun qui énonce que la conservation de ce que l'on possède est une des choses les plus difficiles.

Ainsi, qui possède un patrimoine liquide exprimé, par exemple, dans la monnaie du cours légal ou en devise étrangère, subira la conséquence de son comportement inerte et conservateur si, à la veille d'une dévaluation sur le marché boursier, il ne l'a pas changée en une autre devise plus stable.

D'une manière analogue le titulaire d'un bien verra ce dernier dévalué s'il maintient son investissement inchangé, au lieu de le liquider au bon moment.

Une application particulière du principe «*res perit domino*», se retrouve dans le cas des articles 1376, 1378, 1465 du CC en raison des effets réels du contrat grâce à la règle complémentaire «*res perit ei qui acquirit*»

Le risque est mis encore plus en évidence dans les rapports obligatoires à échéance différée, continue ou périodique qui ont pour objet un *genus*.

cause est en crise depuis longtemps et qu'elle s'identifie dans le plan de distribution des risques préparée par les parties : M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milan, 1975, p. 207 et suivantes, p. 227, 258 et suivantes, p. 262, 268 et suivantes, p. 273 et suivantes, p. 258 et suivantes ; ROPPO, *Il contratto*, Bologne, 1977, p. 175 et suivantes ; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Turin, 1992, p. 291 et d'autres tendent à identifier la cause à l'opération économique, qui rappelle la notion de risque.

(7) Dans les contrats de garantie ou d'assurance, le garant ou l'assureur couvre le risque d'autrui en protégeant ce que possède l'assuré et en couvrant un risque pris par l'assuré. Un des plus gros problèmes récents soulevé en doctrine et en jurisprudence, concerne la déterminabilité du risque garanti et la nullité des cautions omnibus pour impossibilité de déterminer l'objet, c'est-à-dire le risque d'autrui, garanti : G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fidejussione omnibus sia invalida, Foro italiano*, 1985, I, 507 ; Id., *Sulla fidejussione bancaria ed i suoi limiti, Foro italiano*, 1990, I, p. 558 et suivantes.

Ici, le risque du périssement physique est à la charge du débiteur, qu'il possède dans son propre patrimoine le bien à donner en vertu du précepte «*res perit domino*», ou qu'il soit dans l'obligation de se le procurer *aliunde* pour le remettre à son créancier en vertu de l'adage «*et genus nunquam perit et casum sentit debitor*». Inversement, la variation économique de la prestation attendue est en faveur ou à charge du créancier de celle-ci, avec la dépense ou le bénéfice majeur(e) ou mineur(e) de cette dernière par rapport à la prestation due ou à percevoir et, ainsi, le risque réciproque de l'affaire dans son ensemble, est à la charge de ou en faveur des parties.

Il est désormais nécessaire faire mention de la poids excessif qui est la cause de la résiliation du contrat, dans le cas d'espèce prévu par l'art. 1467 du CC, là où la prestation due est devenue excessivement chère du fait de la vérification d'évènements extraordinaires et imprévisibles⁽⁸⁾.

Le sujet concernant l'aléa normal du contrat qui, à mon avis exige d'autres recherches et approfondissements, est encore plus pertinent⁽⁹⁾.

Rentre aussi nécessairement dans le cadre d'un discours organique sur le risque, celui d'une réflexion sur les remèdes dont peuvent disposer les parties pour limiter le risque et maximiser le résultat.

Il s'agit ici des contrats à prime où le risque est limité par les contrats de bourse à prime (dont), les futurs contrats, les options contractuelles d'achat (call) et les options contractuelles de vente (put)⁽¹⁰⁾ sans parler des achats de remplacement et des ventes de couverture.

Il faudrait, évidemment, réserver une place beaucoup plus importante aux contrats aléatoires en opposition aux contrats non aléatoires que celle qui leur est réservée ici dans ces notes sommaires.

2. – Un thème qui doit être attentivement revu est celui de l'incidence du retard sur le risque.

(8) BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Turin, 1952, p. 171 et suivantes, p. 221 et suivantes ; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Naples, 1951, p. 239 et suivantes.

(9) BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dr. et Proc. civ.*, 1948, p. 769 ; G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, p. 249 et suivantes.

(10) Au sujet des contrats de bourse à prime, des contrats avec options, des options contractuelles d'achats et de ventes : voir *Dizionario di Banca e Borsa*, Milan, 1979, sous les rubriques respectives, "Contrat de bourse à prime, prime, option contractuelle d'achat, option contractuelle de vente".

Notre Code le régit dans l'art. 1221 du Code Civil, en ce qui concerne le retard du débiteur ⁽¹¹⁾. L'interprétation générale de la règle considère que le risque repose sur le débiteur en retard comme conséquence d'une hypothétique pérennité de l'obligation d'accorder la chose due dépendant du retard.

D'autre part, le créancier, durant la *mora debitoris*, serait protégé du risque, et devrait uniquement connaître la chance de gagner de l'argent parce qu'il continuerait d'avoir droit à l'exécution.

Une telle interprétation est complètement erronée.

En effet, la loi ne doit pas être comprise comme si le débiteur en retard est tenu de donner la chose due même après et en dépit de son périssement, mais plutôt que l'impossibilité qui s'est produite de la prestation pour une cause qui n'est pas imputable au débiteur en retard est à sa charge, comme cela est stipulé dans l'art. 1207, alinéa 1^{er} du CC dans une hypothèse analogue.

Ceci veut dire, en d'autres termes, que si la chose a péri pendant le retard du vendeur, ce dernier ne pourra pas prétendre au paiement du prix par l'acheteur et devra lui rendre les avances et les paiements reçus.

C'est-à-dire que l'impossibilité intervenue est à la charge du débiteur.

Concernant le créancier, une lecture attentive de l'art. 1221 du CC porte à retenir que le retard du débiteur ne neutralise pas le risque à la charge du créancier comme nous serions portés à le croire.

La dernière partie de l'alinéa 1^{er} de l'article 1221 du CC introduit, en effet, l'exception (au regard de la chose due) que si le débiteur prouve que «l'objet de la prestation aurait de toute façon péri auprès du créancier», s'il lui avait été donné, la perte est à la charge du créancier même si le débiteur était en retard ⁽¹²⁾.

(11) C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cité sous les art. 1219, 1220, 1221, 1222, p. 183 et suivantes, p. 232 et suivantes ; A. MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, dans *Enciclopedia del diritto*, XXVI, p. 934 et suivantes ; U. NATOLI et L. BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milan 1975, p. 223 et suivantes ; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milan, 1975, p. 87 et suivantes, M. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milan, 1948, p. 247 et suivantes ; RAVAZZONI, *Mora del debitore*, dans *Noviss. Dig. it.*, X, Turin, 1964, p. 904 et suivantes ; A. MON-TEL, *La mora del debitore*, Padoue, 1930.

(12) L'exception déjà présente dans le Droit romain classique (Ulp. Dig. 30, 47, 6), fut généralisée par Justinien.

Ainsi, pour s'en tenir à l'hypothèse qui précède, et que le vendeur en retard démontre que la chose aurait tout de même péri auprès de l'acheteur, ce dernier bien qu'il n'ait plus à recevoir la chose, devra quand même en payer le prix et ne pourra prétendre à la restitution des paiements d'avance ou des versements déjà effectués.

Il n'est pas possible, ici, de sous-évaluer la gravité du risque qui, même dans le cadre limité de l'hypothèse considérée, continue d'incomber au créancier, en dépit de ceux qui estiment que le retard du débiteur neutralise le risque à la charge de l'autre partie.

Il faut signaler, à ce sujet, qu'une interprétation faisant autorité, a étendu la portée de l'art. 1221, alinéa 1^{er} du CC, du périssement physique à tout événement à caractère économique et donc également à celui où «la prestation n'aurait pas été utilisable de la même manière par le créancier»⁽¹³⁾.

En dernière analyse, le risque continue d'incomber, même à titre exceptionnel, sur le créancier en dépit du retard du débiteur tant que ce dernier ne sera pas libéré, au sens propre du terme, par la cristallisation du risque, c'est-à-dire avec la réalisation de l'impossibilité de la prestation produite ou de la résiliation contractuelle, comme nous aurons l'opportunité de le dire ultérieurement.

C'est un des aspects les plus négligés de la doctrine et de la jurisprudence, à l'exception de quelques allusions faites sur les difficultés à prouver que le bien aurait de toute façon péri de la même manière auprès du créancier⁽¹⁴⁾.

3. – À la différence du retard, le créancier devient insensible au risque (à tous les risques) relatif à la prestation attendue le jour de la vérification de la *perpetuatio obligationis*, à l'égard du débiteur. Au-delà de son apparente signification, l'expression d'obligation perpétuelle n'indique pas la fixation définitive (perpétuelle) de la contrainte d'exécution de l'obligation primaire du débiteur à donner la chose et celle du créancier à en donner le prix.

(13) A. TRABUCCHI, G. CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padoue, 1984, sous art. 1221, p. 816.

(14) C.M. BIANCA, *ouvrage cité*, Milan 1979, p. 238 ; P. PERLINGERI, *Codice civile annotato*, Turin 19, sous art. 1221, p. 59 et suivantes.

Elle peut encore moins être comprise comme la fixation de la contrainte du débiteur à donner (malgré l'impossibilité intervenue) le bien qui a péri au prix convenu, en courant le risque de variations de prix successives et indéterminées comme par exemple la vente d'une chose, de ce bien à ce prix.

Il faut rappeler, ici, qu'en raison du retard (qui est temporaire) et qui peut être purgé à tout moment, le risque de périssement de la chose due, se transfère temporairement du créancier au débiteur (en retard).

A la suite du périssement de la chose, le risque s'est définitivement transféré du créancier sur le débiteur dans le sens de *casum sentit debitor* et avec pour conséquence, le fait que le créancier est définitivement libéré de l'obligation de payer le prix et que le débiteur est également libéré de l'obligation de donner la chose (s'agissant d'une *species perita*). Mais ce dernier doit, toutefois indemniser le dommage existant au moment du périssement au titre de la responsabilité (*perpetuatio obligationis*)⁽¹⁵⁾.

En dernière analyse, pour reprendre le cas de la vente d'une chose due, le vendeur en retard subit les conséquences de la perte du bien, en ce sens qu'il perd le droit de prétendre à la contrepartie de l'acheteur et qu'il devra, de surcroît, lui verser éventuellement une valeur plus importante du bien perdu par rapport au prix convenu (à titre de manque à gagner) fixant, ainsi, définitivement le rapport réciproque.

Ce rapport devient perpétuel au moment de la réalisation de l'impossibilité intervenue.

Le risque réciproque du vendeur en retard et de l'acheteur, se cristallise à ce moment afin, qu'ultérieurement, les parties ne courent aucun autre *risque théorique concernant la prestation primaire réciproquement attendue et devenue impossible*.

Une fois le risque cristallisé, la situation devient définitive en ce sens que le créancier ne court même plus le risque prévu à l'article 1221, alinéa 1^{er}, dernière partie du Code Civil, selon lequel il peut être appelé à supporter la perte parce que le bien aurait péri tout autant auprès de lui et le débiteur, quant à lui, ne pourra pas lui opposer, ultérieurement et pour le temps restant, une telle éventualité et le risque relatif à cette éventualité.

(15) P. PERLINGERI, *op loc. ult. cit.*, et les autres auteurs admettent que l'art. 1221 du CC s'applique au débiteur d'une chose qui est en retard dans la livraison de la chose, c'est pourquoi cette condition reporte la responsabilité sur lui alors, qu'autrement, elle serait à la charge de l'acheteur en raison du principe *res perit domino*.

Il est évident que, après avoir été libéré de son obligation envers l'autre partie, et après la cristallisation du risque au moment du périclisme, le créancier ne peut plus prétendre pouvoir profiter des hausses de prix futures de ce bien.

Comme je l'ai écrit il y a quelques temps ⁽¹⁶⁾, et comme cela a été récemment et correctement établi par la Cour Suprême, avec la décision du 20 juin 1990 n° 6200, la cristallisation du risque suite à la *perpetuatio obligationis* agit dans les deux directions de façon à ce que les parties deviennent réciproquement insensibles aux éventuelles variations ultérieures positives ou négatives de la contrepartie, réciproquement attendue et qui ne doit plus être réalisée par aucune des deux.

Aucune des deux parties (créancier y compris) ne peut craindre un autre préjudice, ni ne peut espérer en tirer un avantage quelconque, comme par exemple, celui du cours futur des prix, qu'il soit à la hausse ou à la baisse.

Il convient, ici, de souligner que le risque contractuel est principalement inhérent à la contrepartie attendue par l'autre partie et à son lien économique avec celle due, afin que la libération de l'obligation réciproque, entraîne la cessation du risque ou, mieux, entraîne sa matérialisation dans les rapports de responsabilité, au moment considéré.

Ce qui s'est dit, en matière de cristallisation du risque et de *perpetuatio obligationis* dans l'hypothèse de la réalisation d'une impossibilité, peut se répéter en cas de résiliation du contrat selon les termes de l'art. 1453 et suivants du CC.

Ici, toutefois, les effets de la prononciation de la résiliation du contrat agissent rétroactivement, selon les termes de l'art. 1458 du CC, au jour de l'inexécution, libérant les deux parties (c'est-à-dire le créancier et le débiteur) des obligations réciproques et fixant à ce jour le dommage à indemniser.

Dans la résiliation pour inexécution contractuelle, l'obligation se perpétue et le risque se cristallise au jour où l'on fait remonter les effets de la résiliation.

À partir de ce jour, les parties ne doivent plus exécuter leur

(16) G. VALCAVI, "Intorno al concetto di *perpetuatio obligationis*, e al tempo di riferimento nella stima del danno da risoluzione per inadempimento contrattuale" *Riv. dir. civ.* 1992, II, p. 399 ; Id., "Il tempo di riferimento nella stima del danno", in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 31 et suivantes.

prestation et ne peuvent plus prétendre à celle d'autrui (par l'effet de la libération réciproque de leurs obligations) et, ainsi, aucune des deux parties n'est plus sensible au risque relatif à la prestation réciproquement attendue et qui n'est plus réciproquement due non plus.

Évidemment, c'est à partir de ce jour que le risque, à la charge et en faveur de chacune des parties, relatif au bien qui devait être préalablement acquitté et qui, en raison des effets rétroactifs de la résiliation du contrat, revient à son propriétaire selon la règle du *res perit domino* sera réputé exister.

Dans la résiliation de l'art. 1454 du CC la *perpetuatio* se réalise au moment où le contrat est résilié après l'échéance du terme prévu dans la mise en demeure.

Dans le cadre de l'art. 1456 du CC elle se vérifiera au jour où se vérifiera la résiliation de plein droit.

Après la résiliation du contrat, chaque parties, dans les différentes formes indiquées ci-dessus, courra à nouveau le risque pour les choses qu'elles doivent mutuellement se restituer.

L'obligation de restitution aura les mêmes caractéristiques que toute autre obligation et, ainsi, elle subira les conséquences du retard et de l'éventuelle cristallisation du risque et de l'indemnisation du dommage qui en découle à propos de l'obligation primaire.

L'indemnisation du dommage, qui suit la cristallisation du risque et la *perpetuatio obligationis* devra être acquittée, par la partie qui y est obligée par l'autre, avec les accessoires y afférent.