

La Notion de la force
majeure, théorie de la
responsabilité dans le
contrat de transport, par
Adolphe Exner,....
ouvrage [...]

Exner, Adolf. La Notion de la force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, par Adolphe Exner,... ouvrage traduit, annoté et précédé d'une préface par Edmond Seligman,.... 1892.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

8° F
6577.

35
1892

Commissaire du Commerce

LA NOTION DE LA FORCE MAJEURE

THÉORIE

DE LA RESPONSABILITÉ

DANS LE

CONTRAT DE TRANSPORT

PAR

ADOLPHE EXNER

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE VIENNE

OUVRAGE

traduit, annoté et précédé d'une Préface

PAR EDMOND SELIGMAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE & FORCEL, ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1892



LA NOTION DE LA FORCE MAJEURE



THÉORIE

DE LA RESPONSABILITÉ

DANS LE

CONTRAT DE TRANSPORT

8° F

577

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

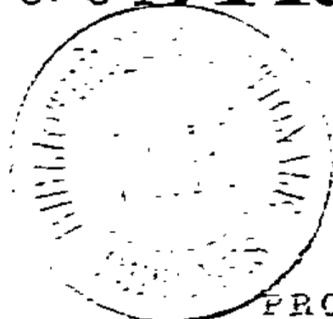
35
92

LA NOTION DE LA FORCE MAJEURE

THÉORIE
DE LA RESPONSABILITÉ

DANS LE

CONTRAT DE TRANSPORT



PAR

ADOLPHE EXNER

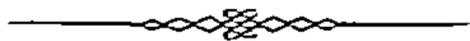
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE VIENNE

OUVRAGE

traduit, annoté et précédé d'une Préface

PAR EDMOND SELIGMAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE & FORCEL, ÉDITEURS

22, RUE SOUFFLOT, 22

1892





PRÉFACE DU TRADUCTEUR.

Le nombre des ouvrages de droit allemand qui ont été traduits en français est très restreint. La Société de Législation Comparée ne laisse rien échapper de l'œuvre législative qui s'accomplit de l'autre côté de notre frontière de l'Est. Mais la littérature juridique qui s'y publie n'est couramment étudiée chez nous que par une élite. Pourtant certains travaux, comme ceux des traducteurs de Zachariæ, ont montré les heureux résultats que pouvait produire la combinaison des qualités scientifiques des juristes allemands avec la netteté et la clarté, propres aux écrivains français. Il m'a donc paru que, dans un cercle beaucoup plus restreint et avec des intentions beaucoup plus modestes, il y aurait quelque intérêt à tenter, sur un point spécial du droit, de faire connaître chez nous une de ces analyses où se complaisent les professeurs des facultés allemandes et autrichiennes. Ce sera, pour nombre de lecteurs, une occasion de se familiariser avec des méthodes très différentes des nôtres. Un travail, même de pure doctrine, se rattache toujours

en France à l'interprétation de nos textes codifiés; dans aucune question, nos jurisconsultes ne peuvent perdre le contact d'une jurisprudence très forte. Il en est différemment dans des pays particulièrement épris de la spéculation et où toutes les sources du droit ne sont pas encore groupées dans la main d'un législateur.

Pour qu'un pareil essai eût quelque chance de succès, il était nécessaire de bien choisir l'auteur à traduire et la matière à interpréter.

M. le professeur Adolphe Exner occupe en Autriche une situation éminente dans la science du droit. Il est professeur à l'Université de Vienne; ses écrits et son enseignement l'ont placé au premier rang des jurisconsultes de son pays.

Parmi les différents ouvrages de M. Exner, aucun ne se prêtait mieux à la traduction que la monographie que nous présentons au public français. M. Exner l'a intitulée : *De la notion de la force majeure dans le droit des transports, en droit romain et en droit moderne*. Sous cette dénomination modeste, c'est en réalité une théorie générale de la responsabilité du transporteur que développe M. Exner. Le traducteur s'est permis de modifier légèrement le titre pour faire mieux saisir la portée de l'œuvre. Elle est aussi générale que possible et s'étend, comme le dit M. Exner, avec chaque kilomètre de chemin de fer construit en Europe et en Amérique.

Il est aisé d'expliquer comment la définition de la force majeure comprend en elle toute la théorie de la

responsabilité du transporteur. C'est en effet un principe législatif que le transporteur répond du dommage survenu à la chose qui lui est confiée, hors le cas de force majeure. Si nous déterminons les cas de force majeure, nous saurons quels sont les accidents dont le transporteur n'est pas responsable et, par voie d'exclusion, ceux dont le risque lui incombe, qui seront précisément tous ceux qui n'ont pas leur origine dans la force majeure.

Toute la question de la responsabilité en matière de transport étant ramenée à la définition de la force majeure, nous allons nous trouver en présence de deux théories. Suivant l'une, le voiturier a le droit d'invoquer la force majeure chaque fois qu'il est exempt de faute. Les mots *cas fortuit* et *force majeure* sont des expressions synonymes ou, du moins, équivalentes au point de vue de la portée juridique. Selon une autre théorie, il faut faire une distinction entre les cas fortuits de force majeure et les cas fortuits ordinaires. Le transporteur n'est exonéré que par ceux de la première espèce. Sa responsabilité s'étend non seulement aux accidents survenus par sa faute, mais encore à ceux qui sont la conséquence d'un cas fortuit simple. Le travail de M. Exner a pour but la restauration de ce second système, dont la science du droit tend à s'éloigner.

M. Exner qualifie son opinion de doctrine *objective* tandis que celle qu'il combat est au contraire une doctrine *subjective*. Quelques mots d'explication sont utiles pour faire comprendre cette terminologie, un peu étrangère à

la langue usuelle du droit français. Le transporteur, dans la doctrine subjective, n'est responsable que de sa faute, de son fait. La mesure de sa responsabilité doit donc être cherchée dans une circonstance qui lui est personnelle : le criterium de cette responsabilité est un criterium subjectif. Au contraire, si nous étendons plus loin son obligation, si nous mettons à sa charge des accidents qui se sont produits sans aucune faute qui lui soit imputable, il faut chercher la démarcation entre la responsabilité et la non-responsabilité dans des circonstances étrangères à son fait personnel et qui, par conséquent, sont objectives à son égard.

La question soulevée par M. Exner est une de ces grandes controverses qui errent depuis bien des siècles dans la science du droit, précisément parce qu'elles touchent à des intérêts permanents du corps social. Elle met en présence, d'une part, le droit du propriétaire de la marchandise qui, obligé de confier son bien à l'entreprise chargée de le transporter au loin, demande, pour assurer l'exécution du contrat, des garanties de responsabilité plus amples que celles résultant des règles ordinaires des conventions, d'autre part, la résistance très respectable du transporteur qui se réclame du principe de droit aux termes duquel celui qui prend en charge la chose d'autrui ne répond que de sa faute.

Le droit romain avait à l'encontre du transporteur une responsabilité spéciale. Il ne l'exonérait qu'au cas où la preuve d'un événement de force majeure était rapportée

et, par là, il entendait bien mettre à sa charge les cas fortuits simples.

La formule du droit romain s'est conservée et l'on dit couramment que le voiturier est garant de la perte de la chose qui lui est confiée, hors le cas de force majeure. Mais l'interprétation donnée à ce principe en modifie considérablement la portée, suivant que l'on fait rentrer les cas fortuits simples dans la force majeure ou que, au contraire, on les en exclut.

M. Exner expose magistralement comment les glossateurs du moyen-âge se sont, les premiers, écartés de l'ancienne conception de la force majeure, comment un retour s'est fait ensuite vers la distinction entre les cas fortuits simples et les cas fortuits de force majeure et comment, sous l'influence d'un savant professeur de droit commercial, Goldschmidt, la science allemande moderne a repoussé de nouveau le principe romain. La jurisprudence de la Cour suprême commerciale allemande a suivi cette impulsion. Elle admet que le transporteur n'est responsable que dans les termes du droit commun, comme le locataire ou toute autre personne qui a, par contrat, pris en charge le bien d'autrui. M. Exner indique et nous verrons tout à l'heure nous-mêmes que la même théorie domine en France, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine.

Au contraire, les peuples anglo-saxons, les Anglais et les Américains, ceux qui ont le plus développé la matière des transports, maintiennent la distinction entre

le cas fortuit et la force majeure. Dans leur interprétation, la force majeure seule exonère le transporteur et on n'entend par force majeure que la *force de Dieu ou des ennemis de la reine*.

C'est entre ces deux théories qu'il faut prendre parti.

La théorie combattue par M. Exner, celle qui accorde au cas fortuit le même effet libératoire qu'à la force majeure, a pour elle l'apparence de l'équité. Si tout le monde est d'accord pour reconnaître que la force majeure doit exonérer le voiturier, pourquoi décider autrement lorsque l'accident est fortuit, puisque ce transporteur est aussi exempt de faute dans un cas que dans l'autre? Quelle raison y a-t-il pour le constituer assureur contre le cas fortuit, quand personne ne songe à lui imposer la même obligation si l'on se trouve en présence de la force majeure? L'expéditeur ne rencontre-t-il pas une sauvegarde suffisante dans ce principe de droit que le transporteur, ayant pris la chose en charge, est, par son contrat même, astreint à faire la preuve du cas fortuit qu'il allègue pour sa libération? N'est-ce point assez que d'exiger du voiturier la diligence extrême qu'on lui impose dans toutes les opinions?

Ces considérations sont puissantes; mais elles ne sont pas décisives. Depuis l'époque du préteur romain jusqu'aux plus récentes décisions judiciaires, tous les juristes ont eu ce sentiment qu'il y avait quelque chose à faire pour garantir les droits du public vis-à-vis des entreprises de transport. La situation a ceci de particulier,

que l'expéditeur est forcé de se dessaisir de sa chose pour l'envoyer à sa destination et qu'il ne peut exercer aucune surveillance sur la manière dont le voiturier accomplit son obligation. L'édit romain contre les bateliers (*receptum nauatarum*) motivait l'aggravation de la responsabilité en rappelant la mauvaise réputation de : *hoc genus hominum*. Nos grandes compagnies de chemin de fer trouveraient, avec raison, blessante une pareille considération. Mais, pour s'être transformé, le besoin social, constaté par le préteur, n'en subsiste pas moins. Le particulier est dépourvu de tout moyen de contrôle à l'encontre de ces organismes compliqués qui ont aujourd'hui la charge des transports.

Sans doute, la preuve du cas fortuit est à la charge du voiturier. Mais tous les avantages ne sont-ils pas de son côté dans un semblable débat? Il a le moyen de justifier de l'existence des circonstances qui lui sont favorables sans que celles qui lui sont défavorables puissent être constatées par l'expéditeur. Il montrera l'accident fortuit qui a causé le sinistre; mais le propriétaire de la marchandise ne saura pas que telle ou telle faute a précédé le cas fortuit, sans laquelle le dommage ne se fût pas produit. Une enquête est aisément décisive si l'adversaire est hors d'état de faire une contre-enquête. N'est-ce pas le cas d'un particulier en face d'une compagnie de chemin de fer ou de navigation dont les agents, quelle que soit la bonne foi de l'administration supérieure, chercheront toujours à se disculper, en présence d'un accident survenu? Le débat

sur la question de faute devra donc fréquemment tourner en faveur du voiturier, même s'il est en faute.

Les inconvénients de cette situation sont si frappants que les partisans de l'opinion d'après laquelle le transporteur est libéré par la preuve du cas fortuit sont d'accord pour reconnaître que le juge doit être très sévère dans l'appréciation de la question de faute. Mais c'est là une mesure insuffisante. Elle revient en effet à rétablir dans la matière de transports l'existence de la *levissima culpa*. M. Exner explique dans un développement fort intéressant pourquoi ce troisième degré de la faute est sorti du droit d'une façon définitive (page 51).

Un remède plus radical aux inconvénients que nous avons signalés consiste à accepter le principe de la responsabilité absolue du transporteur dont la faute est présumée. C'est celui proposé par l'opinion que M. Exner s'efforce de faire triompher. Ce système supprime tout débat sur la question de faute; il écarte le criterium subjectif.

Toutefois on a voulu apporter une limitation à ce que cette règle pouvait avoir de trop rigoureux. Aussi a-t-on exonéré le transporteur lorsque la perte de la chose résultait de certains événements considérables, faciles à établir, qui donnaient lieu, par exception, de présumer qu'il n'était pas en faute. Ce sont ces événements qui constituent les cas de force majeure. Une fois l'existence de la force majeure établie, le transporteur ne sera pas de plein droit exonéré : on peut en effet concevoir la coexistence de la faute et de la force majeure; mais il sera remplacé sous

l'empire du droit commun des obligations et il ne sera responsable que si le dommage a été causé par sa faute et non par la force majeure.

Reste à dresser le catalogue des cas de force majeure; ce n'était pas la partie la moins ardue de la tâche de M. Exner. Il recherche quelles sont les circonstances qui excluent au premier abord cette présomption de faute sur laquelle est fondée la responsabilité du transporteur et il les ramène à deux caractères.

Le premier, c'est l'origine extérieure de l'accident. Toutes les fois que la cause du sinistre est une circonstance qui s'est produite dans l'intérieur de l'entreprise, la question de force majeure doit être écartée; car l'expéditeur n'est pas en mesure de contrôler utilement les justifications que le transporteur apporterait sur un événement dont il peut seul connaître parfaitement les détails.

Le second caractère tient à l'intensité de l'événement allégué. Il faut qu'il soit d'une puissance telle qu'il sorte évidemment du nombre des cas fortuits que l'on doit prévoir dans le cours ordinaire de la vie. Ainsi définis, les événements de force majeure reviennent assez exactement à ce que les Anglais appellent la force de Dieu et des ennemis de la reine, c'est-à-dire les accidents produits par un trouble anormal des éléments, des faits de guerre ou une violence organisée.

Le travail de M. Exner a été à son apparition apprécié et discuté par la science allemande. Il n'a, bien entendu, point convaincu les partisans déclarés du système opposé.

M. Dernburg, dans un article publié à Vienne en 1884, a maintenu ses théories et Goldschmidt a donné son adhésion à ce travail. Mais un certain nombre de jurisconsultes allemands ont adopté la manière de voir de M. Exner. Le sentiment de plusieurs d'entre eux est rapporté dans une note de la *Deutsche Zeitschrift für Handelsrecht* de 1887 où M. Leyen se range à l'opinion de M. Exner.

Si nous recherchons maintenant de quelle application la théorie de M. Exner est susceptible en droit français, je dois commencer par reconnaître qu'il est généralement admis chez nous que la responsabilité du transporteur ne va pas plus loin que la faute. Mais un examen un peu attentif nous permettra de constater que l'extension de cette responsabilité n'est point en contradiction avec les principes de notre législation.

Il suffit de jeter un coup d'œil sur les ouvrages des écrivains les plus autorisés dans la matière commerciale pour être convaincu que la distinction entre les effets des cas fortuits et ceux de la force majeure n'est point enseignée chez nous.

Tous les jurisconsultes qui ont commenté les dispositions légales consacrées aux transports ont admis que le voiturier est libéré par la preuve du cas fortuit aussi bien que par celle de la force majeure. Ils appliquent le principe posé dans la théorie générale des obligations par l'article 1148 du Code civil : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le débiteur a été empêché de donner ou de*

faire ce à quoi il était obligé. » Bédarrides (*Des chemins de fer*, n° 521) résume ainsi cette doctrine : « Il y a cas fortuit et force majeure, lorsque l'accident éclatant à l'improviste, ne peut être imputé ni à la négligence, ni à l'imprudence, ni à la faute et qu'il n'a pu être ni prévu ni empêché... Dans l'impossibilité d'édicter à ce sujet une règle absolue, on a généralement admis que la solution devait être laissée à l'arbitrage du juge. »

Quelques écrivains seulement signalent en passant, mais sans y insister et sans lui donner de portée pratique, l'existence d'une différence entre le cas fortuit et le cas de force majeure. « A la rigueur, disent MM. Lyon-Caen et Renault (*Précis du droit commercial*, n° 888), chacune de ces deux expressions a un sens différent; mais, au point de vue pratique, il n'y a aucun intérêt à distinguer ces deux classes d'événements; leurs effets sont identiques. »

La jurisprudence a appliqué cette idée et la Cour de cassation a laissé aux juges du fait un pouvoir presque absolu pour exonérer le transporteur à raison de la force majeure (Cass., 13 juillet 1868, D. 71.1.135; 14 mai 1872, S. 73.1.224; 9 décembre 1873, S. 74.1.167).

Toutefois, la doctrine enseigne que la responsabilité du voiturier doit être appréciée avec une rigueur particulière. M. Sarrut, dans son ouvrage sur les *Transports par chemins de fer*, page 454, formule ainsi cette idée : « Qu'il y ait cas fortuit ou force majeure, pour que la responsabilité de la compagnie soit à couvert, il faut que l'événe-

ment ait été irrésistible, n'ait pu être détourné..... Il faut enfin que les effets de l'événement soient des effets inévitables, de telle sorte qu'une vigilance active ait été impuissante à les empêcher de se produire. »

M. Sarrut a des choses judiciaires une expérience trop profonde pour ne pas savoir quelle inégalité existe la plupart du temps entre le transporteur et l'expéditeur dans le débat sur la faute. C'est pour cela qu'il insiste sur la sévérité avec laquelle il faut apprécier la preuve offerte par le transporteur puisque, dans l'état actuel de la doctrine en France, l'effet libératoire du cas fortuit est considéré comme un principe.

Cette inégalité des situations a souvent frappé les tribunaux de commerce, parfaitement qualifiés pour connaître les inconvénients qui en résultent. Aussi trouve-t-on fréquemment indiquée dans les décisions de ces tribunaux l'idée d'une responsabilité absolue des entreprises de transport. On voit poindre dans leurs jugements la préoccupation d'écarter tout débat sur l'existence de la faute. Je citerai, à titre d'exemple et entre beaucoup d'autres, un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 7 mars 1888 (Journal *La Loi* du 22 mars 1888), dont le libellé, inspiré par des considérations purement pratiques, se rapproche singulièrement de la théorie savante de M. Exner.

Attendu, en fait, dit le tribunal, qu'il s'agit d'une collision entre deux voitures;

Que l'accident dont s'agit ne saurait être considéré

comme résultant d'un cas de force majeure, l'exploitation de la compagnie ayant pour objet les transports par voitures pour lesquels il lui appartient de prendre toutes mesures, soit dans le choix de son personnel, soit dans le choix de son matériel à l'effet d'éviter les collisions de la nature de celle objet du litige ;

Attendu qu'en sa qualité de transporteur la compagnie l'Urbaine est responsable, vis-à-vis des tiers qu'elle transporte, des accidents survenus en cours de route (1).

L'idée de la responsabilité de plein droit du transporteur est si bien entrée dans la pratique des magistrats consulaires français qu'après le démembrement de l'Alsace, les tribunaux de commerce alsaciens ont engagé à ce sujet un conflit avec les cours d'appel allemandes qui, par application des principes de Goldschmidt, appréciaient d'une façon beaucoup plus modérée la responsabilité des chemins de fer.

Cette tendance du commerce à exclure le débat sur la

(1) Cette décision est rendue à propos de l'accident survenu à un voyageur. Elle touche ainsi à une question controversée qui est celle de savoir si, en matière de transport de personnes, comme en matière de transport de marchandises, c'est au voiturier qu'incombe la preuve de la circonstance qui est de nature à l'exonérer. Ce point de droit est étudié très complètement dans une note du journal *La Loi* du 26 janvier 1888. Il faut observer que, à l'occasion des accidents de personnes, les difficultés de la preuve des fautes commises par le transporteur seront généralement moins grandes. L'organisation du contrôle des chemins de fer, les enquêtes judiciaires auxquelles il est procédé d'office en cas de mort ou de blessures accidentelles fournissent à la victime ou à ses représentants les éléments nécessaires pour discuter utilement la question de faute.

faute des procès en responsabilité n'a point trouvé jusqu'ici dans notre droit sa formule juridique. Cependant, si nous nous plaçons en face du texte même de nos Codes, nous verrons que la doctrine de la responsabilité de plein droit du transporteur y rencontre le plus sérieux appui.

L'article 103 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de force majeure. » L'article 230 du même Code dispose *« que la responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve d'obstacles de force majeure. »*

Si ces textes étaient isolés, il serait hors de doute que la responsabilité du transporteur est engagée dans l'hypothèse du cas fortuit. Mais on admet généralement qu'ils doivent s'interpréter par la disposition de l'article 1784 du Code civil, qui étend l'exonération, pour le voiturier, au cas d'un accident fortuit. C'est sur ce texte que l'on s'appuie pour assimiler la force majeure au cas fortuit.

L'argument, toutefois, ne me paraît pas décisif. Car l'article 1782 qui précède et domine l'article 1784 renvoie, pour l'appréciation de la responsabilité du transporteur, aux articles du dépôt nécessaire relatifs aux aubergistes (art. 1952 à 1954). Or, l'article 1953 rend l'hôtelier responsable des vols commis au préjudice des voyageurs par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie. L'hôtelier n'est exonéré que si le vol a été commis à main armée (art. 1954).

Le rapprochement de ces textes suffit pour établir qu'il y a pour l'aubergiste, par conséquent pour le transporteur, une responsabilité plus étendue que celle résultant de sa faute ou de celle de son personnel. Le vol peut avoir été commis dans des circonstances qui excluent toute faute de sa part. Il sera responsable, sans être admis à faire la preuve de ces circonstances, à moins qu'il n'établisse que le vol a eu lieu à main armée, c'est-à-dire, par force majeure.

Un autre article du Code civil, l'article 1773, fait la distinction entre les cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure, et les cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet. C'est la preuve que la distinction, entre le cas fortuit simple et la force majeure, n'a pas été exclue du droit français.

Cette opinion trouve un appui dans les paroles prononcées au Conseil d'État, le 20 janvier 1807, par Cambacérès, dans la discussion très rapide qui s'est engagée sur la définition de la force majeure, lors de l'examen de la section du Code de commerce relative au voiturier. Lacuée, obéissant à des considérations d'intérêt pratique, demandait que l'on mît dans la loi une définition de la force majeure que les fournisseurs invoquaient souvent d'une façon abusive. Une simple pluie, disait-il, constitue pour eux une force majeure.

Cambacérès répondit que la définition de la force majeure était connue, que ce nom n'était donné qu'aux

accidents que la vigilance et la prudence des hommes ne pouvaient ni prévoir ni empêcher. Il convenait, en conséquence, de s'abandonner à la prudence et à l'équité des tribunaux.

M. Exner, s'expliquant sur les définitions analogues données par certains auteurs allemands, démontre avec beaucoup de force (pages 32, 36) que les jurisconsultes, qui entendent par force majeure un événement que la vigilance des hommes n'a pu empêcher, sont des partisans de la distinction entre le cas fortuit et la force majeure. Le cas fortuit est celui que la vigilance du *défendeur* ne pouvait empêcher. Le cas de force majeure est celui que la vigilance des hommes, c'est-à-dire *d'aucun homme* n'eût pu empêcher.

Il nous est donc permis de conclure de là que le commerce est fondé à demander l'application de l'article 103 du Code de commerce dans toute son étendue : les cas fortuits qui ne sont pas cas de force majeure doivent rester à la charge du transporteur. La rédaction des articles 103 et 230 de ce Code implique le maintien d'une théorie que la science du droit a reçue en héritage des jurisconsultes romains et qui s'est conservée intacte dans les pays qui ont le plus pratiqué la matière des transports commerciaux, je veux dire l'Angleterre et l'Amérique. Si l'on objecte que les rédacteurs de l'article 103 du Code de commerce n'ont pas eu l'intention évidente de consacrer la différence entre les effets du cas fortuit et ceux de la force majeure, je renvoie mes contradicteurs à l'étude

historique approfondie de M. Exner qui fait apparaître les racines profondes que la théorie de la responsabilité aggravée trouve dans les sources de notre droit. Si l'on fait observer que l'article 1784 du Code civil exonère le transporteur de la charge des accidents survenus par cas fortuit, je réponds que le Code civil lui-même, dans l'article 1954, laisse certains cas fortuits à la charge du voiturier. D'ailleurs est-il impossible de faire une distinction entre les obligations du voiturier civil, transporteur d'occasion ou simple ouvrier, soumis à la responsabilité moins lourde de l'article 1784 du Code civil et celle du transporteur commerçant, régi par l'article 103 du Code de commerce, auquel la loi commerciale a pu imposer, à titre de risque professionnel, la charge des accidents survenus sans sa faute, par suite d'un cas fortuit simple?

Je viens d'employer ici un terme tout nouveau dans la langue du droit, celui de risque professionnel. C'est qu'en effet la théorie de M. Exner est proche parente de ces conceptions scientifiques, très modernes, qui accumulent les risques sur les grandes entreprises auxquelles ont donné naissance les progrès de l'activité humaine. Les responsabilités que l'on cherche à leur imposer sont en proportion des bénéfices importants qu'elles sont susceptibles de produire. Les principes dont s'inspire notre auteur sont analogues à ceux d'où est issu le mouvement législatif qui tend à constituer les industriels assureurs de leurs ouvriers, pour les accidents du travail. Ce n'est pas un des côtés les moins intéressants de l'œuvre de

M. Exner que de nous montrer que ces doctrines ont des antécédents dans les vieilles sources du droit.

L'instant m'a donc paru favorable pour proposer au droit français l'adoption de la théorie de M. Exner sur la responsabilité du transporteur. Nous serions heureux que cette théorie, qui se réclame des principes scientifiques les plus anciens, mais qu'il a rajeunie par la façon dont il l'a présentée, fût examinée par nos jurisconsultes et peut-être accueillie par eux. Ceux-mêmes qu'elle ne convaincrat pas trouveront sans doute quelque profit à la lecture d'un travail qui, à l'occasion d'une question d'une portée très générale, nous permet de nous rendre compte des méthodes scientifiques d'une école différente de la nôtre.

L'œuvre du traducteur a consisté à rendre aussi exactement que possible la pensée de l'auteur. Je ne me suis permis que les modifications de détail qui m'ont semblé strictement nécessaires pour la rendre plus facilement saisissable au public français.

J'ai respecté la division en chapitres telle que l'a établie M. Exner. Toutefois, j'ai donné un titre à chacun des chapitres et je les ai subdivisés en paragraphes. Les intitulés des paragraphes forment un résumé placé au commencement du chapitre. Ces additions m'ont paru nécessaires pour apporter dans la traduction la clarté requise par les exigences du lecteur français, plus difficile en cela que le public allemand « que l'agencement savant des constructions grammaticales usitées dans sa langue

habitue à garder simultanément présentes un plus grand nombre de notions ⁽¹⁾. »

J'ai ajouté aussi quelques notes explicatives ainsi que des indications sur la personnalité des jurisconsultes et sur les ouvrages cités par M. Exner. Je crois avoir ainsi rendu service à tous ceux de mes lecteurs qui n'ont pas l'habitude de manier couramment la littérature juridique allemande.

EDMOND SELIGMAN.

(1) M. Michel Bréal, *Le langage et les nationalités*, *Revue des Deux-Mondes* du 1^{er} décembre 1891, p. 630.





LA NOTION DE LA FORCE MAJEURE.

THÉORIE

DE LA RESPONSABILITÉ

DANS LE

CONTRAT DE TRANSPORT.

CHAPITRE PREMIER.

La force majeure dans les diverses législations
sur les transports.

1. Principe de la force majeure. — 2. Nécessité d'un nouvel examen de la notion. — 3. Division du travail. — 4. Des diverses hypothèses où intervient le principe de la force majeure.

1. *Principe de la force majeure.* — La notion de la force majeure joue, dans notre droit des transports, un rôle qui, pour être circonscrit, n'en est pas moins important. C'est une matière d'exception, mais cependant considérable, tant à cause de l'intérêt qui s'y attache qu'à cause de l'étendue de son champ d'application, qui embrasse toute l'Europe civilisée et l'Amérique du Nord.

Voici comment se formule le principe de droit dans lequel intervient la notion de la force majeure :

Certains entrepreneurs répondent d'une façon absolue du dommage survenu aux biens ou aux personnes qui sont confiés à leur industrie. Mais, par exception, ils sont déchargés si c'est la « force majeure » qui a causé le dommage.

La première partie de cette proposition est une exception au droit commun des contrats dans les législations européennes. En principe, en effet, celui qui prend en charge le bien d'autrui, du moment où il n'est pas un assureur, ne répond pas d'une façon absolue du dommage survenu à la chose, mais seulement de celui qui est survenu par sa faute. La deuxième moitié de la proposition constitue une exception à l'exception.

Il résulte de là qu'en précisant le sens de ces mots, *force majeure*, nous aurons déterminé tous les cas dans lesquels s'applique la responsabilité, puisque nous aurons catalogué les seuls cas où elle disparaît.

2. Nécessité d'un nouvel examen de la notion. — Un nouvel examen de cette question, dont l'importance pratique augmente avec chaque kilomètre de chemin de fer construit en Europe, me paraît exigé par l'état actuel de la théorie et de la jurisprudence.

La doctrine, après maintes oscillations, est arrivée à un certain accord sur les principes. Mais elle aboutit à des conséquences qui ne sont ni scientifiques ni utiles. On n'y trouve, en effet, ni l'exacte interprétation des pensées, conscientes ou inconscientes, qui ont dicté les règles positives de la législation, ni un développement de ces règles en harmonie avec le but que la loi se proposait d'atteindre. Quant à la pratique, il lui manque plus que ja-

mais la certitude dans l'application de la notion. D'une part, elle oscille entre le système, jadis dominant en doctrine et celui qui l'a remplacé. D'autre part, la théorie aujourd'hui prépondérante ne donne pas au juge ce principe sûr qui, seul, garantit la fixité de la jurisprudence.

3. *Division du travail.* — Comme point de départ du travail, il me paraît nécessaire de grouper les règles législatives qui sont la traduction pratique du principe que nous avons formulé. Nous saurons ainsi quel est le champ d'application de la notion de la force majeure et par quelles formes de langage on la désigne. Ensuite nous examinerons quels ont été, dans le passé, les divers points de vue auxquels s'est placée la doctrine. Nous ferons cette étude, non pour écrire une histoire dogmatique et complète, mais pour rechercher l'action que ces diverses manières de voir ont exercée sur les règles du droit positif et pour arriver ensuite à une critique pratique de ces points de vue. Nous n'attachons d'ailleurs pas trop d'importance à ce dernier travail. Car, en toute matière, l'essentiel est de savoir si l'on peut proposer quelque chose de clair pour remplacer la doctrine critiquée.

4. *Des diverses hypothèses où intervient le principe de la force majeure.* — Le principe se rencontre, dans le droit actuel, dans les situations suivantes :

1° Les bateliers et aubergistes répondent des biens qu'ils ont pris en charge dans l'exercice de leur profession toutes les fois que le dommage ou la perte ne sont pas survenus par force majeure.

C'est là un principe tant du droit romain que du droit commun actuel (1).

(1) Cette responsabilité particulière de l'aubergiste est plus ou moins

« *Le préteur dit : « Je délivrerai action contre les bate-
« liers, aubergistes, patrons d'écuries qui ne restitueront
« pas la chose qu'ils ont prise en garde (L. 1, pr. Dig.,
« nautæ, 4, 9).*

« *..... Cet édit rend responsable celui qui a reçu la chose
« même si la perte ou le dommage se sont produits sans
« sa faute, à moins que l'accident ne soit arrivé par un
« damnum fatale. Aussi Labéon écrit que si quelque bien
« périt par naufrage ou par le fait des pirates, il n'est pas
« injuste de concéder une exception. On devra dire la même
« chose si l'événement de force majeure s'est produit dans
« une écurie ou dans une auberge (L. 3, § 1, Dig., loc. cit.,
« Ulpien). »*

2° Les transporteurs par eau et par terre sont respon-

passée du droit commun dans les diverses législations (nous parlerons dans un instant du droit applicable aux bateliers). Je dis plus ou moins parce que cette influence s'est exercée avec une étendue et une manière d'être différentes suivant la façon dont, à l'époque de chaque codification, on entendait le droit commun, et c'est là un point qui, pour le moment, ne nous intéresse pas. La plus récente législation d'ensemble, celle de la Suisse, reproduit simplement la règle des Pandectes en traduisant « vis major, » par « höhere Gewalt » (force majeure). La loi fédérale sur les obligations du 14 juin 1881, art. 486, s'exprime ainsi : « Les aubergistes ou hôteliers sont responsables de toute détérioration, destruction ou soustraction des effets apportés par les voyageurs qui logent chez eux, à moins qu'ils ne prouvent que le dommage est imputable soit au voyageur lui-même, soit à l'une des personnes qui l'accompagnent ou qui sont à son service, ou qu'il résulte d'un événement de force majeure, ou de la nature même de la chose déposée. » Le droit anglais a aussi la même base, prise dans le droit commun. « La perte des marchandises est présumée être survenue par négligence. Mais l'aubergiste peut, comme le transporteur, opposer, à titre de moyen de défense, le fait de Dieu ou des ennemis de la reine (H. Smith, *Traité de la faute*, Londres, 1880, p. 123). »

sables des marchandises jusqu'à la livraison sauf le cas de force majeure.

Cette règle comporte une extension au transport par terre des principes romains du *receptum nautarum*. Elle figure dans le droit commercial de tous les grands États Européens, en vertu d'une disposition législative ou du droit coutumier.

Pour l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, l'article 395 du Code de commerce ^(a) s'exprime ainsi : *Le transporteur répond du dommage arrivé par la perte ou la détérioration de la chose depuis la prise en charge jusqu'à la livraison à moins qu'il ne prouve que la perte ou la détérioration sont arrivés par force majeure (vis major) ou par le vice propre de la chose.*

L'article 457 de la loi suisse sur les obligations dit également : *Par le vice propre de la chose ou par force majeure.*

En France et en Italie, le Code de commerce (art. 103) est conçu en ces termes : *Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors le cas de force majeure* (Voyez aussi Code civil, art. 1784 ; Code de commerce italien, art. 82 ; Code civil italien, art. 16, § 1, *forza maggiore*).

En Angleterre et en Amérique, le *common* ^(b) *law* rend le transporteur responsable *dans toute circonstance excepté au cas « du fait de Dieu ou des ennemis de la Reine, sauf*

(a) Notes du Traducteur. — Le Code de commerce en question a été voté le 31 mai 1861 par le Bundestag de Francfort. Tous les États de la Confédération germanique l'ont ensuite adopté à titre de loi particulière. Depuis 1871, il est devenu loi d'Empire (Endemann, *Manuel de droit commercial allemand*, Leipzig, 1881, vol. I, p. 27 et suiv.).

(b) On sait que le droit anglais a deux sources, le *common law*, ou droit commun et l'*equity*, ou équité. Cette division du droit correspond

lorsque les biens étaient par leur nature exposés à des risques extraordinaires et ont été endommagés par suite de ce caractère particulier (Smith, *loc. cit.*, p. 104).

3° Les chemins de fer répondent des accidents de personnes, blessures ou morts, survenus dans leur exploitation, à l'exception du cas de force majeure.

Ceci est un principe spécial au nouveau droit des chemins de fer qui applique les règles du transport des marchandises ou du « *receptum nautarum* » aux accidents de personnes. Cette extension a lieu, non seulement à l'égard des personnes transportées par l'entreprise, mais à l'égard de toutes personnes. Parmi les législations spéciales (*Haftpflichtgesetzen*, lois de responsabilité) (1) dans lesquelles cette règle est appliquée, il faut citer la législation prussienne et la législation autrichienne, qui ont une conception spéciale de la notion de la force majeure. La loi prussienne du 3 novembre 1838, § 25, dispose que « *les entreprises de chemin de fer sont responsables de tout dommage qui arrive dans le transport aux personnes transportées et à leurs biens, ou à d'autres personnes ou à leurs biens. Elles ne peuvent s'affranchir de cette responsabilité qu'en prouvant que le dommage est arrivé par une faute de la victime ou par « un accident extérieur inévitable. »*

La loi spéciale d'Empire du 7 juin 1871, § 1, rend l'en-

à peu près à la division du droit romain en droit civil et en droit prétorien. Jusqu'à la réforme de 1873, le droit commun était appliqué par la Cour du Banc de la Reine et l'équité par la Cour de la Chancellerie. Ces deux Cours ne forment plus aujourd'hui que des divisions de la Cour suprême.

(1) Des citations étendues s'en trouvent chez Lehmann, *Blessures et morts sur les chemins de fer allemands*, 1869.

entreprise responsable si elle ne prouve pas que l'accident est arrivé par *force majeure* ou par une faute de la victime.

La loi autrichienne du 5 mars 1867, § 1, 2, dit : *En cas de blessure ou de mort d'un homme survenus dans l'exploitation d'un chemin de fer mû par la vapeur, il y a présomption que l'accident est arrivé par la faute de l'entreprise. L'entreprise ne sera exonérée qu'au cas et dans la mesure où elle prouverait que l'accident est arrivé par un cas inévitable (force majeure — vis major) ou par le fait inévitable d'un tiers de la faute duquel elle n'est pas responsable ou par la faute de la victime.*

CHAPITRE DEUXIÈME.

Historique de la notion de la force majeure jusqu'à
notre époque.

1. Unité de la notion de la force majeure. — 2. Deux interprétations, alternativement dominantes, de cette notion (criterium subjectif et criterium objectif). — 3. La Glose admet qu'il y a force majeure partout où il y a absence de faute (criterium subjectif). — 4. Établissement de la doctrine qui ne considère comme cas de force majeure que les accidents survenus par la force des éléments ou celle des ennemis (criterium objectif). — 5. Perfectionnement de cette doctrine par la théorie du cas inévitable.

1. *Unité de la notion de la force majeure.* — Un coup d'œil sur ces dispositions législatives nous apprend que leurs auteurs n'ont pas entendu inventer la force majeure, ni l'expliquer, ni la définir, mais qu'ils l'ont prise et appliquée comme une notion préexistante. Les termes employés sont la traduction de ceux du *Corpus juris*, *vis major*, *casus major*, *damnum fatale*, *vis divina*, θεοῦ βία⁽¹⁾. De même dans les vieux documents allemands, on trouve couram-

(1) Sur ces différentes expressions, voyez Goldschmidt (a), *Zeitschrift für Handelsrecht* (*Journal de droit commercial*), III, p. 87 et suiv. L'expression *vis major* n'avait pas, chez les Romains, le caractère juridique et technique qu'elle a chez nous. Peut-être en était-il autrement chez les

(a) Note du Traducteur. — Goldschmidt, professeur à Berlin, une des premières autorités de l'Allemagne moderne en matière de droit commercial.

ment, comme dans la loi anglaise, ces termes : « *la force de Dieu ou de l'ennemi.* » L'expression employée par les lois spéciales prussienne et autrichienne, *cas inévitable*, n'est pas non plus une explication; c'est simplement la traduction du *casus cui resisti non potest*, pris comme équivalent de *vis major*. La loi autrichienne l'indique clairement par la parenthèse : *force majeure — vis major*.

Cette discussion sur les mots n'est pas dépourvue de portée. Ici comme dans bien d'autres cas, l'origine du nom va trahir l'origine de la notion, surtout si cette observation est confirmée par un examen historique sûr. Les résultats de cet examen nous permettront d'exclure un doute qui, s'il subsistait, ruinerait par avance toute notre recherche. C'est celui-ci : est-ce que dans les diverses règles de droit que nous considérons ici, il faut chercher une seule et unique notion sous des termes différents (*höhere Gewalt, cas inévitable, force majeure, acts of God and the king enemies*)? Cette notion est-elle celle que les sources romaines désignent par *vis major* et d'autres expressions semblables?

Aucun écrivain ne s'est arrêté devant ce doute. Il doit disparaître devant cette considération que nous avons ici une notion traduite dans toutes les législations modernes par des expressions qui désignent une notion à tout le moins presque identique, prise à la source commune de ces législations. Et où trouverait-on la vraie notion, puis-

Grecs, peuple qui a navigué de toute antiquité. Lorsque Gaius, pour expliquer le mot *vis major*, fait observer que c'est ce que les Grecs appellent *θεῶν ἰσχύς* (L. 25, 6, Dig., *locati*, 19, 2), il semble qu'il veuille expliquer l'expression latine à l'aide du terme étranger dont le sens était arrêté. Ainsi le Code de commerce allemand met entre parenthèses le terme latin en face de l'expression allemande.

qu'elle n'est pas définie dans nos lois, ne figure pas dans le vocabulaire courant et n'est entrée dans la langue que comme un mot technique, traduction de termes étrangers?

Ajoutez que nous avons déjà constaté l'existence d'un lien entre les diverses situations auxquelles ont pourvu les règles de la force majeure. C'est incontestablement le principe de la *vis major* dans le sens romain du mot que le droit commun d'aujourd'hui applique aux hôteliers et aux transporteurs par eau. L'extension des règles du *receptum nautarum* au transport par terre se comprend aisément et a été introduite dans le Code de commerce allemand par la volonté formelle du législateur (Protokolle, c'est-à-dire, *Travaux préparatoires*, p. 794). Le *receptum nautarum* a donné son titre à l'Édit du préteur, à cause de l'importance des relations maritimes à Rome. Si les Romains avaient eu un commerce de terre aussi développé que celui de mer, l'Édit l'aurait également visé. Les dispositions spéciales aux chemins de fer sont comme des boutures sorties de ces principes. Elles placent la sécurité personnelle des voyageurs sous la même protection que les marchandises (a). Cette idée a d'ailleurs été souvent exprimée dans les discussions de la loi autrichienne.

Ainsi se trouve confirmée l'idée que la notion de la force majeure telle qu'elle figure dans le droit des transports de toutes les nations civilisées fait partie de l'héritage que nous ont légué les Romains.

2. *Deux interprétations, alternativement dominantes, de cette notion (criterium subjectif et criterium objectif).* —

(a) Note du Traducteur. — Voir à la préface, page 13, la note sur la controverse qui existe en droit français touchant la responsabilité du transporteur en matière d'accidents de personnes.

Mais c'est une partie d'héritage qui n'a pas été décrite dans l'inventaire. Est-ce parce que les Romains ne s'entendaient ni ne se complaisaient aux définitions des principes? est-ce que l'occasion d'une exacte détermination leur a manqué? Le fait est que nous ne trouvons dans les morceaux de la littérature romaine qui nous sont parvenus, en dehors du nom, qui n'est pas même un terme technique, que quelques exemples absolument insuffisants. Rien d'étonnant si les divergences sur le point de savoir ce que signifie exactement l'expression *vis major* commencent dès l'époque de la Glose.

Déjà dans la Glose se rencontrent face à face les deux conceptions de notre notion qui ont alternativement dominé dans le droit civil allemand, se mêlant parfois l'une avec l'autre, pour arriver à notre époque à une forme mieux déterminée de l'une des deux qui est, aujourd'hui, à peu près généralement admise. Si nos efforts ont quelque succès, cette doctrine devra faire place à une formule mieux établie et mieux définie de l'autre conception.

Voici en quoi consiste le désaccord : la caractéristique d'une série de faits que l'on voudrait qualifier force majeure doit-elle se rechercher dans la consistance *objective* de ces événements? Est-ce quelque chose d'extérieur, de matériel, de sensible? Ou bien ne doit-on pas chercher cette caractéristique dans le *rapport* entre ces événements et la manière dont se sont comportées, en face de leur action, les personnes dont la responsabilité est en question? Doit-on seulement s'attacher à considérer la nature de l'événement extérieur que l'on entend appeler force majeure? ou n'avons-nous pas à étudier une relation qui consiste dans la mesure subjective des efforts

personnels employés pour éviter cet événement extérieur ou le rendre inoffensif?

3. *La Glose admet qu'il y a force majeure partout où il y a absence de faute (criterium subjectif).* — La Glose tient pour la deuxième opinion. Elle ne rend le batelier responsable de la perte de la marchandise que dans le cas où il y a au moins *culpa levissima*. Là où il y a cas fortuit avec absence complète de faute, elle admet l'existence de la force majeure et écarte la responsabilité (1).

Cette idée qu'il faut identifier le cas de force majeure avec le cas fortuit survenu sans aucune faute a dominé jusqu'à notre époque dans la théorie plutôt que dans la pratique (2).

Gardons-nous toutefois de croire que ce sentiment soit celui des nombreux écrivains qui prennent pour criterium l'impossibilité d'éviter, de prévoir, de résister. Le point de départ de cette doctrine se trouve dans la loi 18, pr. Dig., *Commod.*, 13, 6 aux termes de laquelle le commodataire,

(1) La Glose, sur la L. 3, Dig., *nautæ* (4, 9), à l'occasion des mots : « *Etiam si sine culpâ* » ajoute : « *S'il n'y a ni faute légère ni faute très légère, on doit admettre l'existence du cas fortuit et l'absence de responsabilité.* » D'après la Glose, ce que l'action du *receptum* a de particulier c'est qu'elle comporte la reconnaissance d'une *culpa levissima*. L'idée est déjà moins claire chez Bartole : « *Lorsque l'aubergiste a apporté dans la garde la diligence d'un bon père de famille, qui écarte l'idée d'une faute légère, il n'y a pas de responsabilité* (Dig. vet. Lyon, 1585, sur la loi précitée).

(2) Voir les citations de Goldschmidt, *loc. cit.*, et celles de Pfaff, même Revue, tome VIII, p. 730, par exemple Mackeldey, *Leçons*, § 341. « *Ce que nous appelons cas fortuit s'appelait en droit romain vis major, vis divina, vis naturalis, fatum.* » Arndts, *Pandectes*, § 289. « *Les bateliers sont responsables sauf au cas où l'accident a eu pour cause une force extérieure ou un simple cas fortuit.* »

— non point le batelier, — n'est pas responsable pour les accidents contre lesquels la résistance était impossible. Beaucoup d'écrivains et parmi eux les auteurs en proche contact avec la jurisprudence (1) n'ont point du tout en vue de mesurer la diligence du *recipiens* et de rechercher si, dans l'espèce, il aurait pu éviter l'accident. Ils désignent par là un caractère objectif de l'événement tel qu'il est par lui-même force majeure, sans que l'on ait à se préoccuper de la question de faute (2).

Ces écrivains n'appartiennent par conséquent pas à la doctrine que nous sommes en train d'exposer, quel que soit le caractère de leur criterium objectif.

Le sens de la doctrine de la Glose, en effet, est que, dans tous les cas, la force majeure commence là où la faute finit : « Entre la *levissima culpa* et le cas fortuit, il n'y a pas d'intermédiaire, » dit la Glose. Dans cette doctrine, *vis major*, *casus fortuitus* et *casus* sont synonymes (3).

(1) Particulièrement Leyser (a) et Glück (b).

(2) Telle est cependant l'opinion de Mittermaier (c), *Principes de droit allemand*, II, 320 : « Un événement que le débiteur ne pouvait ni prévoir ni éviter et à l'occasion duquel il est, par conséquent, exempt de faute. »

(3) Telle est encore l'opinion des commentateurs du Code civil français. La notion de la force majeure et celle du cas fortuit sont, à leur point de vue, équivalentes sous le rapport de l'effet juridique : « Ces termes sont souvent employés séparément l'un pour l'autre ou même l'un et l'autre simultanément comme synonymes, et ils expriment en effet également l'idée d'une cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur... On les voit presque partout confondus dans la même signification, soit dans les livres de jurisprudence, soit dans les termes de la loi » (Demolombe, *Traité des*

(a) Notes du Traducteur. — Leyser, professeur et magistrat à Wittemberg, au XVIII^e siècle, auteur des *Meditationes ad Pandectas*.

(b) Glück, professeur à Erlanger, a entrepris, en 1790, le *Commentaire des Pandectes*, continué par Muhlenbruch, Fein et aujourd'hui par Leisl.

(c) Mittermaier, professeur à Heidelberg, né en 1787, mort en 1868.

La conséquence de cette théorie est d'assimiler dans le droit actuel la responsabilité qui résulte du *receptum* à celle qui résulte du louage. En effet, la distinction entre la *levis* et la *levissima culpa* est depuis longtemps abandonnée. Il n'est, d'autre part, point douteux que l'obligation de prouver l'existence du cas invoqué incombe également au défendeur dans la matière du louage (1). Il n'y aurait donc, dans le droit, rien de spécial pour notre matière.

contrats, 1877, t. I, p. 577; t. V, p. 588). Comme autorités, Demolombe invoque Vinnius et Merlin, *Réper.*, v^{is} *Force majeure et cas fortuit*.

Les anciennes distinctions fondées sur l'origine du dommage, par exemple l'opposition entre la force naturelle et le fait de l'homme ont été, avec raison, abandonnées comme scolastiques.

La distinction de l'art. 1773, C. civ., entre les cas fortuits ordinaires et les cas fortuits extraordinaires est spéciale aux baux à ferme. Pour toutes les autres obligations, il n'y a de distinction à faire qu'au point de vue de la question de preuve en ce sens que le débiteur n'a à prouver que la réalité de l'accident et non l'absence de faute de sa part pour être exonéré (*loc. cit.*, t. V, p. 589). Il n'y a rien de spécial pour le cas du *receptum*.

Pardessus (*Droit commercial*, t. II, p. 625) et Troplong (*Du prêt, du dépôt*, p. 397) enseignent que le vol ne fait disparaître la responsabilité du transporteur que lorsqu'il est commis par des hommes attroupés ou accompagné de violence armés. Dalloz n'est pas de cet avis. Le droit français n'a conservé que cette faible trace de la notion de la force majeure.

Je ne puis me faire une idée de la jurisprudence commerciale. Pardessus n'indique pas qu'il existe un désaccord entre le droit civil et la pratique commerciale. Au tome II, p. 89 de son ouvrage, les expressions de cas fortuit et de force majeure sont employées comme synonymes. Aux p. 624 et suiv., à propos de la responsabilité du voiturier il ne fait point ressortir la différence entre le texte de l'article 1784 du Code civil et celui de l'article 103 du Code de commerce (a).

(1) Autrefois, c'était par cette différence au sujet du fardeau de la preuve que l'on distinguait l'action *de recepto* de l'action *locati*. Voyez, par exemple, l'arrêt que cite Leyser, *Méditations*, I, p. 713.

(a) Note du Traducteur. — On trouvera dans notre préface le développement et le commentaire de ces observations.

Ce n'est pas ici le lieu de rechercher si une telle conséquence est d'accord avec le sens des sources et les besoins de la pratique. Nous y arriverons plus tard, tout naturellement, quand nous ferons la critique de la doctrine, aujourd'hui dominante, qui, partant du même principe que celle que nous venons d'exposer, arrive à des conséquences presque identiques.

4. *Etablissement de la doctrine qui ne considère, comme cas de force majeure, que les accidents survenus par la force des éléments et celle des ennemis (criterium objectif).* — L'objection contre cette théorie, se trouve déjà dans la Glose. Elle constate, en effet, que, d'après l'opinion d'autres écrivains, il peut exister une responsabilité *ex recepto* en l'absence de toute faute. Ainsi, arriverait-il, au cas d'un vol simple, par opposition avec une attaque à main armée (1). De là, nécessité pour les écrivains ultérieurs qui ont retenu cette idée de rechercher le criterium permettant de distinguer les cas fortuits simples de ceux qui ont le caractère de force majeure. Ce criterium devait nécessairement être un criterium objectif, pris dans les conditions même dans lesquelles s'est produit l'événement, puisque la question de faute est écartée et qu'il faut en faire abstraction pour diviser les cas fortuits en deux groupes.

Pour faire cette distinction, on a commencé par interroger les exemples donnés par les sources, le naufrage, la force des pirates. En les généralisant avec prudence,

(1) « Certains écrivains font observer que la responsabilité peut exister en l'absence même d'une *levissima culpa*, par exemple, au cas d'une soustraction frauduleuse de la marchandise. Le vol, en effet, n'est pas un cas fortuit, à la différence de l'attaque à main armée ». Glose, *loc. cit.*

en considérant que *damnum fatale* et *vis divina* sont des synonymes, on est arrivé à l'expression *la force de Dieu et de l'ennemi*. C'est ainsi que Doneau dit, en traitant notre sujet : « *Ce que l'on appelle la vis divina est celle qui vient d'en haut, comme la conflagration de l'auberge par la foudre : pour tous autres cas, les bateliers et aubergistes sont responsables (XV, 53, § 11).* » Et ailleurs : « *Ce que l'on appelle la vis divina est celle qui vient d'en haut, comme la force du vent, des tourbillons, de la pluie et des autres fléaux du ciel. L'attaque des ennemis et des brigands est une force de source humaine (XVI, 6, § 12).* »

Lorsque, dans les écrivains modernes et dans la jurisprudence, on trouve, pour exprimer notre notion, les mots : force des éléments, de la nature et autres semblables, il faut ne voir là que la *vis quæ immittitur cœlitus*, habillée à la mode d'aujourd'hui. Au fond, c'est toujours une généralisation de l'exemple de Labéon que nous avons donné plus haut.

La notion de la force majeure ainsi formulée est, comme on le voit, bien étroite. Nous critiquerons plus loin la valeur juridique de cette formule.

5. *Perfectionnement de cette doctrine par la théorie du cas inévitable.* — La plupart des auteurs ne se contentèrent pas de reproduire ces exemples en ajoutant au cas du naufrage tous les accidents produits par les éléments et, à la force des pirates, toutes les entreprises de l'ennemi. Ils cherchèrent à réunir ces deux espèces de cas dans un criterium qui permît de reconnaître quels sont les cas de force majeure.

La caractéristique de ces événements parut être une force supérieure à toute résistance humaine. Cette formule

sembla bien embrasser les deux espèces de cas à considérer, la force des éléments et la force des ennemis. Elle correspondait à la classique expression de *major*. On arriva ainsi au criterium de l'irrésistible et de l'inévitable et l'on définit la force majeure comme un cas fortuit inévitable, *casus cui resisti non potest*.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'inévitable ne doit pas être pris *in concreto*, mais *in abstracto*. Le cas fortuit doit être tel, en lui-même, que la force humaine ne puisse rien contre lui. Il n'y a pas à rechercher quelles étaient, *dans l'espèce*, les forces que l'on pouvait ou que l'on aurait dû lui opposer : le criterium est objectif⁽¹⁾. Cette opinion n'est pas une contradiction de l'opinion ci-dessus exposée, mais un développement, la recherche

(1) Déjà Doneau, incidemment, présente ainsi la chose : *Cette force s'appelle majeure parce qu'il faut qu'elle soit trop grande pour qu'on y puisse résister*. Et, se portant nettement contradictoire de la théorie qui identifie la force majeure et le cas fortuit, il ajoute : *Ceci ne doit pas être pris pour une interprétation ou une démonstration. Mon objet est d'établir, par restriction, que toute force n'est pas majeure, mais seulement celle que les Grecs appellent βαρὺ βία*. De même Godefroi sur la loi 3 § 1, au même titre, dit : *On appelle damnum fatale celui qui pourrait arriver à tout père de famille, même au plus diligent*. Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, I, p. 715, dit : *Le damnum fatale et la force majeure excuseront le recipiens lorsqu'il pourra montrer que l'accident était tel que ni lui ni les siens n'eussent pu l'éviter, quelque diligence qu'ils eussent employée. Exemples : un incendie causé par la foudre ou communiqué par une maison voisine, le naufrage, la force des brigands*. Ainsi on ne recherche pas la mesure de la diligence, mais on examine si l'accident a été tel que la question de diligence ne puisse se poser. C'est pour cela que les vols, même en l'absence de toute faute, ne constituent pas un *damnum fatale*, mais laissent le recipiens responsable. Glück, *Pandectes*, VI, p. 120, le dit très clairement : *Vis major est une expression qui désigne un événement que l'on ne pouvait aucunement éviter ou contre lequel on ne pouvait résister. Tels sont, par exemple, l'invasion*

d'une formule plus rationnelle. Elles sont presque identiques dans leur portée pratique. Car les cas dits irrésistibles sont toujours le dommage causé par les éléments, les brigands ou l'ennemi. Seulement quelques auteurs y ajoutent les épizooties et les épidémies. On peut, en effet, les faire rentrer dans la notion générale de la puissance de Dieu. Il y a là comme une survivance de l'idée homérique de l'origine divine des épidémies.

Telle est l'opinion qui, se préoccupant de la contradiction déjà signalée dans la Glose, repousse l'identification de *vis major* et de *casus* et recherche un criterium objectif. On pouvait la regarder comme dominante en Allemagne jusqu'au milieu du siècle. Elle était admise par les meilleures autorités (1). Elle règne encore aujourd'hui en An-

de l'ennemi, l'attaque de vive force par les brigands, la tempête, l'incendie communiqué par la maison du voisin, etc. Au contraire, l'aubergiste n'est pas affranchi par les cas fortuits qui ne portent pas avec eux l'impossibilité physique de la résistance, même s'il prouve qu'ils se sont produits sans sa faute. D'autres anciens écrivains du droit commun qui se sont prononcés dans le même sens sont indiqués par Glück, loc. cit., note 50 (Werner, Lauterbach, Kästner, Pufendorf).

(1) Sintenis (a), *Droit civil*, tome II, page 698 (*événements naturels inévitables*); Unterholzner (b), *Droit des obligations*, II, p. 734 (*un événement absolument inévitable*), Bluntschli (c), *Droit privé allemand*, p. 333 (*événements naturels, invasion*), Holzschuher (d), *Théorie et application*, III, p. 833 et passim: « *Événements que la puissance et la force humaine ne pourraient éviter. C'est dans ce sens que la plupart des jurisconsultes*

(a) Notes du traducteur. — Sintenis, né en 1804, professeur et magistrat, auteur de la *Pratique du droit civil commun* (1844-1851).

(b) Unterholzner, né en 1787, mort en 1828, professeur à Breslau, auteur du *Traité des obligations*.

(c) Bluntschli, né en 1808, mort en 1884, professeur à Heidelberg, l'un des premiers jurisconsultes de l'Allemagne contemporaine.

(d). Holzschuher (1777-1861), magistrat à Nüremberg.

gleterre et en Amérique (1). Comment se fait-il qu'elle soit aujourd'hui presque abandonnée par la théorie et la jurisprudence (2)?

comprennent la notion » (Goldschmidt, *loc. cit.*, p. 87; 1860). Dans la jurisprudence, voyez l'arrêt de Lübeck de 1826 (Archives de Seuffert (a), VII, 31). « *La force majeure est un degré plus élevé du casus, c'est-à-dire une force telle que, une fois l'événement arrivé, la force humaine ne peut rien contre lui.* »

(1) D'après le droit anglo-américain, le transporteur est affranchi par la preuve du fait de Dieu ou des ennemis du Roi, en Amérique les ennemis publics. On ne considère généralement comme force majeure que le dernier de ces deux cas, *la force supérieure de l'ennemi public*, dit Wharton dans son traité de la faute (Philadelphie, 1874, § 560). La force de Dieu est assimilée aux dommages causés par les éléments, *les forces de la nature* (Smith, *loc. cit.*, p. 14), *les désastres causés par les tempêtes et les accidents extraordinaires du temps* (Wharton, § 558). On a proposé de remplacer l'expression de force de Dieu par le terme accident inévitable, qui paraissait plus respectueux. Cette idée a été écartée, comme inexacte. On n'exige pas que l'accident soit absolument inévitable, du moment qu'il est causé par les éléments et qu'il n'y a pas de faute. D'autre part, l'accident peut être inévitable sans provenir du fait de Dieu. Ainsi *l'incendie survenu dans une conflagration générale que l'homme le plus prudent n'aurait pu prévoir n'exonère pas, sauf au cas où il serait causé par le feu du ciel* (Wharton, §§ 554, 557). C'est en somme ce que Doneau disait plus haut.

(2) Malgré l'adoption presque générale du point de vue de Goldschmidt cette opinion est encore professée par : Brinz (b), *Pandectes*, 2^e édit., II, p. 272 : « *Les cas de force majeure, c'est-à-dire ceux qui dépassent la prudence et la force de résistance ordinaires* » et par Pernice (c), *Labéon*, II, p. 346 : « *On peut considérer le *damnum fatale*, dans le sens romain du mot, comme un dommage causé par la force des éléments. On y assi-*

(a) Notes du Traducteur. — Les archives de Seuffert sont le principal recueil de la jurisprudence allemande.

(b) Brinz, professeur de Pandectes à Munich, mort en 1888.

(c) Pernice, professeur de Pandectes à Berlin. Le travail intitulé *Labéon* est son ouvrage le plus connu.

mile dans quelques circonstances le malheur causé par les hommes, l'attaque des pirates ou des brigands ».

Dans les Commentaires du Code de commerce allemand, on trouve souvent l'écho de l'ancienne doctrine *des événements inévitables par eux-mêmes* (Hahn, II, p. 436). Eger (a), dans le *Droit des transports allemands*, 1879, I, p. 238, parle des *événements causés par la nature ou par le fait de tiers que, malgré toute la prudence prescrite par les circonstances, on ne pouvait ni éviter, ni arrêter dans leurs conséquences dommageables* (Comparez les autres écrivains cités par Hahn et Thöl (b), *Droit commercial*, III, p. 407).

Mais ce n'est là qu'un reflet de l'ancienne doctrine, tout à fait abandonnée dans son principe, qui consiste à considérer l'événement d'après les circonstances concrètes du cas et non *in abstracto*.

Le même revirement s'est produit dans la jurisprudence de la Cour suprême commerciale allemande (c). Voyez les citations rapportées par Eger, *loc. cit.*, notamment l'arrêt rapporté au Recueil de la Cour, XXV, n° 79 (1873).

Le juge de deuxième instance avait défini la force majeure : *un accident naturel inévitable ou tout autre événement contre lequel la force humaine ne peut pas résister*. Mais la Cour suprême a écarté cette vieille doctrine en faveur de la nouvelle doctrine, celle de Goldschmidt. Au contraire, les tribunaux autrichiens sont restés fidèles à la doctrine ancienne dans deux arrêts de 1872 et 1875 qui ont été confirmés par la Cour suprême : *La force majeure, c'est une force supérieure que la puissance humaine ne peut éviter*. Glaser et Unger, *Recueil*, nos 4530 et 5664.

(a) Notes du Traducteur. — Eger et Hahn sont deux commentateurs du Droit commercial.

(b) Thöl, professeur à Göttingen, le Nestor de la science commerciale allemande.

(c) Juridiction commerciale supérieure établie à Leipzig après l'adoption de la loi commerciale unique pour la Confédération germanique. Depuis 1879, elle est fondue dans la Cour d'Empire.

CHAPITRE TROISIÈME.

Pour quels motifs la science allemande a abandonné
la doctrine dite objective.

1. Absence de principe de l'ancienne doctrine objective. — 2. Doubtes soulevés par la classification des cas de force majeure en accidents causés par la force des éléments et par la force des ennemis. — 3. Insuffisance de la formule qui cherche dans l'inévitable le critérium de la force majeure.

1. *Absence de principe de l'ancienne doctrine objective.*

— La principale des raisons qui ont fait abandonner la doctrine objective réside, à notre sens, bien que cette observation n'ait été faite par aucun autre auteur, dans l'apparente absence de principe de cette doctrine. Elle ne donne pas aux règles du droit positif une portée qui semble rationnelle et, à ce titre, elle n'est point satisfaisante. Pourquoi les accidents naturels exonèrent-ils quand d'autres événements qui n'impliquent pas davantage la faute n'ont pas le même effet? Pourquoi la loi fait-elle du *recipiens* un assureur dans un cas et pas dans l'autre? Et l'accident vis-à-vis duquel il ne joue pas le rôle d'assureur, le fait des éléments, est précisément celui contre lequel il semblerait le plus naturel que le client fût assuré. A quoi cela répond-il de faire dépendre la responsabilité ou la non-responsabilité du transporteur, qui, dans aucun des deux cas, n'est en faute, de la circonstance, absolument

extérieure, de l'origine et de la nature d'un accident?

De semblables considérations s'imposaient et permirent de dire que cette doctrine *contraire au résultat de tout examen approfondi, plaçant la faute dans une circonstance extérieure, portait en elle une injustice matérielle* (1). Nous autres modernes, nous sommes beaucoup plus difficiles que nos ancêtres et nous ne nous contentons pas aisément avec la *lex dura, sed ita scripta*.

Ajoutez à cela que cette loi n'est même écrite nulle part. A supposer admis que la doctrine dont nous montrons maintenant les lacunes ait bien saisi la pensée du législateur, il reste à savoir si sa formule est juste et pratique.

2. Doutes soulevés par la classification des cas de force majeure en accidents causés par la force des éléments et accidents causés par la force des ennemis. — L'ancienne conception, force des éléments et des ennemis, soulève d'abord de graves objections. Qu'est-ce, pour nos esprits scientifiques, que l'acte de Dieu ou l'accident produit par les éléments? Il n'est aucun événement auquel on ne puisse, à volonté, attribuer ou dénier ce caractère, sauf peut-être au fait direct de l'homme. Pour les anciens, l'éclair était le type de la force majeure. Nous l'avons dompté et nous le faisons travailler comme un animal domestique. Si le dommage causé par l'éclair exonère le transporteur parce que c'est un effet de l'électricité, force des éléments, pourquoi n'en pas dire autant au cas où un accident de chemin de fer a eu pour cause le trouble fortuit du courant électrique dans le fil qui a tronqué un télégramme?

(1) Goldschmidt, *loc. cit.*, III, p. 89.

La neige et la gelée sont des accidents produits par les éléments. Y a-t-il force majeure si l'huile gèle au fond de la locomotive, arrête le mécanisme et cause un malheur? La gelée, dans la machine, est aussi bien produite par les éléments que quand elle survient au dehors. J'en dirai autant de la pourriture, de la rouille, de tous les autres accidents naturels qui peuvent causer un dommage aux instruments de transport et qui, souvent, amènent des catastrophes, sans qu'il y ait aucune faute imputable à l'entreprise.

On ne peut donc soutenir que les termes *force des éléments, événement naturel* aient aucun caractère technique. Le juge, dans chaque cas, peut trouver et trouvera la solution juste. Mais notre devoir, à son égard, est de lui fournir une notion raisonnée et non de lui donner un mot sonore pour l'abandonner ensuite à son instinct juridique.

L'expression *la force des ennemis* n'est pas bien meilleure, surtout si l'on entend aussi par là, comme il est généralement admis, le fait des brigands venus de l'intérieur. Quel doit être le nombre de ces brigands pour que la théorie trouve son application? Pourquoi n'y a-t-il point force des brigands si un seul bandit, courageux, tue le cocher, pille la voiture ou saute sur le véhicule en marche et emporte la marchandise après avoir mis le cocher hors de combat?

3. Insuffisance de la formule qui cherche dans l'inévitable le criterium de la force majeure. — La formule, plus nouvelle, qui cherche dans l'inévitable le criterium de la force majeure semble meilleure, puisque chacun sait qu'il y a des accidents que l'on peut et d'autres que l'on ne peut pas éviter. Mais la difficulté commence si l'on observe que

ce criterium doit être pris dans un sens absolu et objectif pour servir à la distinction des cas fortuits extraordinaires et des cas fortuits simples. On l'a fait observer depuis longtemps ⁽¹⁾, il n'y a rien d'absolument irrésistible ou inévitable. La destruction d'une marchandise par un tremblement de terre ou dans une bataille aurait pu être évitée si on l'avait mise dans une cave ou éloignée à temps. L'inévitable est essentiellement relatif et dépend des moyens de résistance dont on dispose.

Il n'est pas davantage possible de conserver ce criterium en lui enlevant son caractère absolu et en distinguant *entre les cas contre lesquels on ne peut normalement rien et ceux contre lesquels on ne peut rien que par exception* ⁽²⁾. Encore faut-il savoir, pour faire cette division, quel est le *on* dont il s'agit. Une baleine ne peut normalement rien contre un transatlantique; normalement, elle doit renverser une barque. Un rocher éboulé sur la route est, normalement, un cas inévitable pour le chemin de fer, mais non pour le charretier, qui peut le contourner. Pour appliquer la notion ainsi modifiée, il faudrait faire des distinctions entre les diverses entreprises, se demander quels sont les cas normalement inévitables pour les chemins de fer, les tramways, le charroi ordinaire, les bateaux à vapeur ou, encore, pour les auberges de pierre et les auberges de bois. Une fois que nous voilà entrés dans les distinctions et que nous avons ainsi renoncé à déterminer d'une manière objective la notion de la force majeure, il n'y a plus moyen de nous arrêter dans la voie

(1) Mommsen, *Questions sur les obligations*, vol. 1, p. 236.

(2) Brinz, *loc. cit.*, note 31.

de la classification. A l'intérieur de chaque classe nous rencontrerons encore des différences notables. Il ne reste plus alors qu'à individualiser et à dire : un événement doit être considéré comme force majeure lorsque, d'après les conditions dans lesquelles il se produit, il est irrésistible et inévitable pour celui à qui il arrive.

Nous sommes ainsi arrivés à la proposition qui, comme je le montrerai, domine aujourd'hui dans la jurisprudence allemande.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Exposé et développement de la doctrine de Goldschmidt.

1. La responsabilité du *receptum* d'après Goldschmidt se réduit à l'obligation imposée au transporteur d'une vigilance particulière. — 2. Inutilité de la règle qui se borne à imposer au transporteur une diligence particulière. — 3. Impossibilité pratique d'appliquer cette théorie.

1. *La responsabilité du receptum, d'après Goldschmidt, se réduit à l'obligation imposée au transporteur d'une vigilance particulière.* — Cette conception a été créée par Goldschmidt dans son traité sur le *receptum nautarum* ⁽¹⁾. Il a, le premier, essayé une théorie complète de la force majeure, qui, jusque-là, n'avait été traitée qu'incidemment dans la littérature allemande. Il a développé, d'après les sources, la doctrine romaine du *receptum* et il a cherché à l'appliquer aux rapports commerciaux modernes, notamment au transport des marchandises.

Ses conclusions ont été acceptées, au moins dans leur principe ⁽²⁾, par presque tous ses successeurs, à l'exception de ceux indiqués dans la note 2, page 39. Goldschmidt a

(1) *Revue générale du droit commercial allemand*, t. III, p. 58, 331 et suiv., 1860, avec un appendice XVI, p. 324 et suiv., 1871.

(2) Je parlerai plus loin des quelques écrivains (Dernburg, Windscheid, Thöl) qui, tout en admettant le principe de Goldschmidt, s'écartent considérablement de sa doctrine.

été suivi par la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême commerciale allemande et par les commentateurs les plus autorisés du Code de commerce. Toute tentative qui a pour but un nouvel examen de la notion qui nous occupe doit partir d'une étude attentive des principes de Goldschmidt. Sans les reproduire en détail, il suffira d'en rappeler le développement et les conséquences.

D'après Goldschmidt, l'édit romain contre les bateliers et les aubergistes a ceci de particulier qu'il ajoute aux obligations du droit civil une responsabilité pour les dommages et soustractions imputables 1^o au personnel de l'entreprise et aux autres voyageurs; 2^o à des tiers n'appartenant pas à cette catégorie. Mais, en ce dernier cas, la responsabilité n'est pas absolue, elle ne va pas plus loin que l'obligation de la *custodia*. Ici s'arrête la responsabilité de l'édit et la force majeure commence : « *Tout événement qui s'est produit sans aucune faute et qui ne rentre pas dans le premier ou le second de ces cas constitue vis major ou casus, d'après la théorie du receptum (Goldschmidt, p. 95)* ».

La force majeure ne se reconnaît donc pas à un caractère positif. Elle embrasse tout ce qui ne rentre pas dans la *custodia*.

« *Ce n'est pas une responsabilité illimitée, dit Goldschmidt (p. 115), ni une responsabilité ordinaire, mais une responsabilité aggravée que le juge déterminera en considérant le principe et le but de la disposition légale. Partout où il n'y aura pas lieu de l'appliquer, il reconnaîtra l'existence de la force majeure et l'absence de responsabilité* ».

En se résumant et en appliquant ses principes au droit actuel, Goldschmidt formule ainsi sa conclusion : *Ex locato le transporteur ne doit, dans la garde, que la diligence du*

bon père de famille. Ex recepto, à cause de ses obligations particulières de garde, il est obligé d'employer les précautions commandées par toute espèce de circonstances. Il est responsable si l'omission de ces précautions a causé le dommage ou la perte. Au cas contraire, il est exonéré (Goldschmidt, p. 369).

Le transporteur doit prendre ces *mesures exceptionnelles* non seulement pour éviter les pertes ou dommages qui peuvent provenir du fait des tiers, mais aussi les accidents causés par les événements naturels.

2. *Inutilité de la règle qui se borne à imposer au transporteur une diligence particulière.* — En législation positive, les conclusions de Goldschmidt étaient contraires à l'admission du *receptum* dans le Code de commerce allemand, qui était alors en discussion. « *Le besoin ne se fait pas sentir de cette responsabilité augmentée qui, pratiquement, a si peu de portée. L'obligation de diligence suffit aux besoins de la pratique* ». Et aussi : « *Entre les deux responsabilités, la ligne est mal tracée. Législativement, il faudrait établir que le transporteur est libéré quand il prouve que le dommage ou la perte sont arrivés par cas fortuit (Goldschmidt, p. 369, 384, 385)* ».

Je suis d'accord là-dessus avec Goldschmidt. Si le principe romain sur la responsabilité spéciale *ex recepto* n'avait pas d'autre portée, on pourrait le supprimer dans une législation nouvelle. Même après son admission dans le Code de commerce allemand, on devrait le critiquer comme superflu et nuisible ; il serait obscur et induirait la jurisprudence en erreur.

La responsabilité ainsi étendue, en effet, ne s'arrête pas devant la forte barrière que le génie des anciens juriscon-

sultes avait élevée pour défendre ceux qui s'occupent des affaires d'autrui contre les critiques dont leur prudence ou leur vigueur peuvent être l'objet. Cette barrière, c'est la règle de la diligence du bon père de famille. La théorie de Goldschmidt recule cette barrière pour le transporteur par terre et par eau. Mais de combien ?

Laissons de côté la responsabilité pour les faits du personnel et de l'entreprise; c'est un principe déjà posé ailleurs (art. 400 du Code de commerce). Reste la responsabilité pour les dommages causés par les tiers et, ce qui est bien plus important, pour les accidents qui ne proviennent pas du fait d'une personne. C'est ici que la théorie de la responsabilité aggravée va venir remplacer la théorie de droit commun de la *culpa levis*. Nous allons voir apparaître, avec le caractère obligatoire, *les mesures extraordinaires de prudence*, cette *surveillance soigneuse* indiquée par Goldschmidt ou encore *la plus grande prévoyance et les plus grands soins que l'on puisse raisonnablement exiger dans la circonstance concrète* (1). D'autres écrivains parlent encore de *l'effort, du soin, de la peine les plus considérables possibles* (2), des *mesures de prudence qui, d'après les usages spéciaux aux aubergistes sont exigés dans le cas concret du transporteur le plus soigneux...*, d'une *augmentation de la*

(1) Grünhut (a), *Archives du change*, IV, page 122. Goldschmidt dans un récent traité, *Revue de droit commercial*, XVI, page 328, s'exprime ainsi : *L'absolue impossibilité d'éviter le dommage par les mesures qui paraissent indiquées par le bon sens pour le cas concret*. De même Hahn, *Comm. du Code de commerce*, art. 393, § 12, 14 et autres.

(2) Thöl, *Droit commercial*, II, p. 41.

(a) Note du Traducteur. — Grünhut, professeur à Vienne, directeur des *Archives du change*. Il y a en Allemagne et en Autriche une loi spéciale sur le change, indépendante du Code de commerce.

diligence ordinaire, d'où résulte une responsabilité pour tous les accidents qui peuvent être évités par une diligence extraordinaire (1).

3. Impossibilité pratique d'appliquer cette théorie. — Deux observations s'imposent. Remarquons d'abord que la prévoyance et la prudence que l'on exige du transporteur sont quelque chose d'exceptionnel, qui dépasse ce que l'on doit attendre dans le cours ordinaire de la vie. Observons ensuite que la limite de cette exigence, le commencement de la force majeure, doit être fixé d'après les circonstances particulières du cas par le *bon sens* (2) du juge. Je le plains, ce juge. Plus il aura de bon sens, plus il sera embarrassé pour se tirer, sans guide, d'une pareille tâche. Quand il aura la conviction qu'il n'y a aucune faute à reprocher au défendeur et qu'il en sera à se demander s'il n'y a pas lieu de prononcer la responsabilité *eu égard au principe fondamental de notre théorie et au but de la responsabilité étendue*, il cherchera en vain un point d'appui

(1) Randa, *Responsabilité des chemins de fer d'après la loi du 5 mars 1867*, Vienne, 1869, page 14. De même Eger, *Droit des transports*, page 138 : « Il est affranchi par la preuve de la plus grande diligence exigée pour le cas concret. On est d'accord, dans la théorie actuelle, sur cette conception de la force majeure dans les points essentiels ».

(2) « Il est impossible de fixer une règle pour décider si le transporteur a apporté la diligence nécessaire ou s'il est affranchi par la force majeure. Ainsi le veut l'équité ; grâce à cela, la force majeure ne prend pas un caractère trop inflexible et le cas individuel peut entrer en ligne de compte. C'est une question de fait de savoir s'il y a force majeure, dans un cas déterminé. » Grünhut, *loc. cit.*, page 122. « C'est précisément parce que l'on ne peut faire une distinction générale entre le cas fortuit dans lequel il y a une responsabilité et celui dans lequel il n'y en a pas, mais seulement juger in concreto le cas particulier qu'il n'y a pas de critérium objectif et partout le même de la notion de la force majeure ». Goldschmidt, *loc. cit.*, XVI, p. 329 et III, p. 115 déjà rapporté au texte.

solide pour résoudre cette question de la solution de laquelle peuvent dépendre des millions.

Quelle est la base de notre théorie? Une responsabilité étendue. Mais étendue jusqu'où? Voilà la question et la mesure manque pour y répondre.

On ne peut donner une formule *des mesures extraordinaires* parce que *l'extraordinaire est toujours individuel, dépourvu de type et n'est pas susceptible de comparaison et de mesure.*

C'est la constatation de cette vérité qui a fait sortir de notre droit civil le *diligentissimus paterfamilias* et la *culpa levissima*. Un homme exceptionnel, dépassant en prudence et en habileté les gens habiles et avisés de sa profession, est, comme le fait observer Puchta, un original, un pédant, un fou; ce n'est pas un modèle pour les autres. La notion de la *culpa levissima* n'a pas été abandonnée parce qu'il est impossible d'exiger cette diligence exceptionnelle (pourquoi cela serait-il impossible?), mais bien parce que, par sa nature même, le troisième degré de la faute ne peut être établi avec la sûreté nécessaire au fonctionnement de la jurisprudence. Cette vérité s'imposera au praticien chaque fois qu'il cherchera à appliquer la théorie que nous avons exposée.

Supposons que, dans un procès de travaux publics, on pose cette question à un expert : le défendeur, dans la construction de sa pile de pont, a-t-il appliqué non seulement toutes les règles actuelles de l'art, celles généralement suivies par un spécialiste consciencieux, mais a-t-il, de plus, observé toutes les précautions qu'aurait prises un homme particulièrement prudent? L'expert ne pourra répondre autre chose que ceci : il est im-

possible de dire ce qu'aurait fait un pareil homme puisque les idées qu'aurait trouvées tel ou tel autre original n'eussent nécessairement pas été les mêmes. Comme ce que nous cherchons, c'est une règle objective et qu'elle ne se rencontre que dans les circonstances ordinaires de la vie, nous ne pouvons admettre qu'il y ait une responsabilité légale pour la *culpa levissima*.

Sans doute les principaux partisans de la doctrine dominante se défendent de vouloir ressusciter la théorie de feu le *diligentissimus paterfamilias*. Les superlatifs qu'ils emploient rendent pourtant cette supposition vraisemblable. Ce n'est pas, disent-ils, une responsabilité dérivant de la *diligentia exactissima* qu'ils ont en vue; c'est une responsabilité établie pour des cas où il y a non pas faute, mais *supposition de faute*. Cette responsabilité doit être admise en vertu de la fiction d'une faute, fiction que la loi établit (1).

Mais ce n'est là qu'un progrès dans l'élégance de la formule. Le principe subsiste, tout aussi inapplicable. L'anormal ne peut pas plus servir de mesure pour une faute fictive que pour une faute réelle. Il n'y a rien de changé pour le défendeur, il n'y a aucun soulagement pour le

(1) Goldschmidt, *op. cit.*, XVI, page 528; Baron, *Archives de la pratique civile*, 52, page 45; Wyss, *Responsabilité pour la faute d'autrui*, pages 60 et 83; Grünhut, *loc. cit.*, pages 123 et 125 : « On appelle vis major le fait libératoire qui exonère le transporteur parce qu'il n'y a ni faute réelle, ni faute présumée. » Randa, au contraire, paraît admettre la responsabilité pour la *culpa levissima* puisqu'il parle de l'augmentation de la diligence ordinaire, d'une prudence exceptionnelle. C'est la même pensée que Vinnius exprime ainsi : « Il y a responsabilité pour le recipients dans un cas intermédiaire entre la faute et le cas fortuit. Il faut reconnaître que cet intermédiaire est la culpa levissima (Comm. ad Inst., III, § 25). »

juge si l'on pose ainsi la question : vous devez relever non pas une *culpa levissima*, mais une faute légère supposée. Il sera toujours astreint à chercher, sans succès, une de ces mesures si dédaignées, mais qui sont indispensables à la pratique de la justice pour résoudre une question par oui ou par non. Il lui faudra une réponse qui lui plaise non seulement subjectivement, mais qui donne des garanties objectives de justice. Il est juge et doit juger. Ce n'est qu'à contre-cœur qu'il quittera le pays du droit pour entrer dans celui de l'équité où il doit apprécier avec son seul bon sens le cas individuel.

Le résultat pratique — j'en prends à témoin la plupart des décisions à moi connues des cours allemandes fondées sur la théorie dominante — est celui-ci : on examine attentivement s'il y a une faute, réelle et non figurée, du transporteur ou de son personnel. S'il y en a une, on le condamne; sinon, on admet l'existence de la force majeure. *Inter culpam et casum fortuitum nihil est medium.* Le juge applique donc des règles objectives. Ce sont les règles ordinaires de la faute; et il le fait parce que cela seul est pratique. En agissant ainsi, il applique bien la théorie qu'on lui propose, comme je vais le montrer. Nous verrons plus tard si c'est là le vrai sens de la loi.

CHAPITRE CINQUIÈME.

La théorie dominante revient à assimiler la responsabilité *ex recepto* (dans le contrat de transport) avec la responsabilité *ex locato* (dans le contrat de louage).

1. Conséquences de la théorie dominante aux termes de la jurisprudence. — 2. Selon Grünhut, la théorie dominante impose au transporteur une responsabilité plus étendue que celle du bon père de famille ; réfutation de cette assertion. — 3. Observations analogues au sujet des théories de Dernburg, Windscheid, Unger, Thöl. — 4. La théorie dominante supprime complètement la responsabilité spéciale *ex recepto*.

1. *Conséquences de la théorie dominante aux termes de la jurisprudence.* — En réalité cette théorie qui, de l'aveu même de son fondateur, établit une responsabilité à peine aggravée revient, en tant que théorie presque tout à fait, pratiquement tout à fait à l'assimilation de la responsabilité du transporteur avec la responsabilité *ex locato*. Pour rendre cette proposition parfaitement claire, commençons par laisser de côté les superlatifs entassés dans la formule et regardons-en la portée pratique. Nous rectifierons ensuite la notion de la responsabilité *ex locato* qui a souvent été mal présentée.

Prenons les décisions judiciaires rendues en Allemagne dans la dernière période ; nous en rencontrons un grand nombre dans Eger, *loc. cit.*, pages 240-253. Considérons,

en même temps, les solutions données par les auteurs que nous venons de nommer pour éclairer leurs théories par des exemples. Malgré les superlatifs employés, il sautera aux yeux que, nulle part, on ne s'est servi de la mesure exceptionnelle que l'on aurait appliquée à un homme extraordinaire. En réalité, dans chaque espèce, on n'exige, de l'entreprise en cause, que la prudence et les précautions que l'on peut attendre d'une organisation irréprochable, dans l'état actuel des ressources techniques, eu égard au but de l'entreprise et aux dangers qui étaient à prévoir.

Ainsi la Cour suprême commerciale de l'Empire n'a point considéré comme force majeure la perte des marchandises par l'incendie d'une gare. Le dépôt des marchandises inflammables, dans des magasins non voûtés, a paru une omission *de l'extrême diligence que l'on pouvait raisonnablement exiger* (Décisions de la Cour suprême, VIII, p. 27). De même, Goldschmidt admet la responsabilité au cas de vols à main armée si le batelier *a abordé sans nécessité dans un endroit où il y avait, notoirement, nombre de gens sans aveu ou n'a pas eu, pour son bâtiment, des soins très vigilants.*

On décide, au contraire, qu'il y a force majeure *si des marchandises, mal déclarées, des poudres par exemple, ont pris feu, s'il y a eu explosion du gaz dans un hôtel, si un tiers a jeté, dans un coin retiré, son cigare allumé ou a volontairement mis le feu* (Goldschmidt, p. 113, 114).

En réalité, il y a, dans la première série de cas, faute légère⁽¹⁾, dans la seconde, cas fortuit. La responsabilité du

(1) Comparer au premier exemple de Goldschmidt, Wharton, *Law of negligence*, Philadelphia, 1874, § 125 : *Une partie ne peut invoquer*

transporteur telle que l'entend Goldschmidt dans ces hypothèses est la responsabilité du droit commun pour omission à la diligence du bon père de famille.

2. *Selon Grünhut, la théorie dominante impose au transporteur une responsabilité plus étendue que celle du bon père de famille; réfutation de cette assertion.* — Grünhut, développant la théorie de Goldschmidt, s'exprime ainsi : *Le transporteur n'a de responsabilité que pour la faute commise; mais cette faute doit être appréciée au point de vue d'un transporteur exercé dans son art. Il répond de toute « imperitia quippe ut artifex conduxit » (Loi 9, § 5, Dig., locati; Grünhut, page 123).* Grünhut pense que cette mesure n'est pas *la mesure ordinaire du bon père de famille, c'est-à-dire d'un homme d'affaires dans la bonne moyenne.* Il estime que *l'on a écarté le type connu du bon père de famille pour le remplacer par celui de l'artifex avec des qualités marquées.*

C'est méconnaître l'idée que l'on se faisait de la diligence depuis l'époque classique. Pour ne pas me perdre dans le détail, je m'en rapporte à l'autorité des hommes qui ont le mieux connu la théorie de la faute en droit romain (1). Nous entendons avec eux, par le bon père de famille, *un homme bien au courant de ses affaires et, en général, de tout ce qu'il entreprend. La mesure de l'habi-*

comme excuse le cas fortuit si, par sa propre négligence, elle s'est placée dans une situation qui rendait la collision inévitable. C'était à elle à prendre garde de ne pas se mettre dans une situation inextricable. L'auteur s'exprime en ces termes pour toute personne responsable de sa négligence, non point spécialement pour le transporteur.

(1) Mommsen, *Questions du droit des obligations*, p. 361 et suiv.; Hasse, *La faute en droit romain*, p. 92 et suiv.; Pernice, *Labéon*, II, p. 330, *Histoire des règles de la diligence*. Les citations ci-dessus sont empruntées à Mommsen, p. 364 et 365.

leté, de la prudence, de l'effort exigés, doit être prise d'après la nature de l'affaire et les circonstances du cas. On ne peut fixer pour toutes les hypothèses une mesure absolue et identique. Tout ce qui est possible, c'est de dire qu'un bon père de famille doit employer la somme d'efforts et de prudence exigée par la nature de l'affaire et les conditions dans lesquelles il l'entreprend, de façon à atteindre le but en évitant tout dommage. Il n'y a pas à tenir compte de circonstances exceptionnelles et impossibles à prévoir.

Les précautions qui rendent le transporteur exempt de faute diffèrent donc beaucoup, suivant qu'il sera un simple commissionnaire, un voiturier de profession ou un service postal, sans que la responsabilité cesse d'être celle de la diligence ordinaire. Il est bien entendu que *la mesure de l'habileté, de la prudence, des efforts requis est plus grande ou plus petite. Mais c'est toujours la même diligence dont il s'agit, celle du bon père de famille.*

Il y a longtemps que d'autres ont trouvé dans les sources la preuve de ce que j'avance. Je ne veux m'appuyer ici que sur la loi 9, § 5, Digeste, *Locati*, citée par Grünhut lui-même. La responsabilité pour *imperitia*, celle dont on veut faire une responsabilité spéciale au transporteur, s'applique au nourrisseur de bestiaux et à quiconque reçoit le bien d'autrui pour le nettoyer ou le réparer. C'est la preuve évidente que la responsabilité ainsi entendue n'est point spéciale au *receptum*, mais est celle qui résulte des règles générales du louage.

Quod imperitiâ peccavit culpam esse est une règle qui s'applique à quiconque s'est engagé, moyennant salaire, à faire un acte qui exige quelque habileté ou quelque apprentissage technique, *quippe ut artifex conduxit*. Ce

n'est pas une exception, mais une application de la règle que le *conductor operis* est tenu à la diligence du bon père de famille.

Cette *figure type du bon père de famille d'après le droit civil* dont parlent les écrivains que nous contredisons n'existe pas. Jamais, dans le cas particulier, on ne prend pour point de comparaison un père de famille typique, mais seulement celui qui se trouve dans la même situation, exerce la même profession que l'homme dont la responsabilité est en jeu et exploite une affaire du même genre, de la même importance, présentant les mêmes risques, avec les mêmes moyens.

3. *Observations analogues au sujet des théories de Dernburg, Windscheid, Unger, Thöl.* — Ces considérations suffisent pour faire apercevoir que les tentatives faites en vue d'arriver à une nouvelle formule de notre notion par les écrivains allemands postérieurs à Goldschmidt et qui ont parfois entendu le contredire reviennent, d'après leur principe et leurs conséquences, à la responsabilité *ex locato*.

Ainsi Dernburg ⁽¹⁾ formule en ces termes sa théorie : *Le droit élève la responsabilité jusqu'à la force majeure dans les cas où il s'agit d'une profession exercée d'une façon permanente avec une organisation régulière. La rigueur du droit a donc cette signification : que celui qui exerce la profession d'aubergiste, de transporteur, d'entrepreneur de chemins de fer est obligé à une diligence plus grande que celle du bon père de famille. Il doit maintenir son organisation et son installation à un degré de perfection qui assure ceux*

(1) Droit privé prussien, II, § 69 (a).

(a) Note du Traducteur. — Dernburg, actuellement professeur à Berlin, un des premiers *Pandectistes* du temps.

qui contractent avec lui et les tiers contre tous les dommages qu'il pouvait prévoir ou éviter. Faute de quoi, il est responsable de l'imperfection de son organisation, même si, dans le cas particulier, il n'a aucune faute à s'imputer.

C'est ici le lieu de rappeler que, comme nous venons de l'établir, tout *conductor operis* est en faute quand il est constant que la marchandise du client a éprouvé, par le fait du vice de son organisation, de son installation professionnelles, un dommage qu'il aurait pu prévoir ou éviter. Il est donc impossible de dire en ce cas qu'il n'y a aucune critique à lui adresser. On peut lui reprocher de n'avoir pas été aussi bien équipé qu'un autre homme expérimenté dans sa profession. Il y a faute, point cas fortuit, encore moins force majeure. Il n'est pas besoin d'une loi spéciale pour prononcer la responsabilité; les principes de l'action *ex locato* suffisent. Pour contester cette assertion il faudrait dire que le médecin ou l'horloger, qui ne répondent que de leur faute, doivent être renvoyés indemnes au cas où ils ont abîmé, l'un ma montre, avec des outils usés, l'autre mon corps, en exécutant une opération avec de mauvais instruments; à supposer que, dans l'espèce, ils n'eussent pu mieux faire avec de semblables moyens.

D'après Windscheid (a), la responsabilité s'étend, dans nos matières, jusqu'à la *custodia*, c'est-à-dire qu'il est requis du défendeur *une garde et une vigilance qui dépassent les devoirs d'un homme diligent*. Il répond donc de tous les événements qu'il aurait pu éviter en employant

(a) Note du Traducteur. — Windscheid, professeur à Leipzig, la principale autorité de l'Allemagne contemporaine pour le droit civil, l'un des auteurs du projet de Code civil allemand.

un soin et une prudence plus qu'ordinaires (1). Windscheid indique lui-même que sa doctrine concorde, dans les points essentiels, avec celle de Goldschmidt.

La formule d'Unger est analogue (a). *Le recipiens assume le periculum custodiae et non le periculum rei. Il ne répond donc pas du dommage qui ne pouvait être évité par aucune prudence ou par aucun effort humain.*

Les développements de Thöl mettent en pleine lumière cette circonstance que la doctrine dominante, sentant bien que, pour des raisons pratiques, il faut étendre la responsabilité des entreprises qui nous occupent, est obligée d'en revenir à l'*exactissima diligentia* parce qu'elle ne veut point abandonner le principe de la faute. Thöl exonère le transporteur si l'accident était absolument inévitable ou presque inévitable dans les circonstances où il s'est produit. Nous nous trouverons dans le second de ces deux cas quand, *en prenant la mesure la plus sévère, en exigeant les plus grands efforts, on ne trouve aucun reproche à adresser, quand il faut dire : voilà quelque chose à quoi on ne pouvait s'attendre. Il eût, sans doute, été possible d'éviter l'accident si on avait pensé à ce qui est arrivé et si on avait employé les moyens nécessaires. Mais on ne pouvait exiger du transporteur ni cette prévoyance, ni ces préparatifs, ni ces dépenses.*

La pensée maîtresse de cette formule apparaît bien quand Thöl, pour établir son assimilation du cas presque inévitable au cas inévitable, s'exprime ainsi : *La raison*

(1) Windscheid, *Pandectes*, II, § 384, note 6, § 265, note 2.

(a) Note du Traducteur. — Unger, professeur à Vienne, ancien ministre de la justice en Autriche.

pour laquelle on ne répond pas du cas absolument inévitable ne peut être autre que celle-ci, c'est que, dans cette hypothèse, il n'y a aucun reproche à faire (1).

4. *La théorie dominante supprime complètement la responsabilité spéciale ex recepto.* — Après ces observations, je puis formuler ainsi le caractère essentiel de la doctrine dominante : elle aboutit, théoriquement et même pratiquement, aux mêmes conséquences que la Glose et la doctrine française. Elle a pour fondement cette idée qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute et pas de preuve de la faute sans un examen du cas individuel. Le résultat pratique, c'est de rendre le *recipiens* responsable pour l'omission de toutes les précautions que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, pour la *culpa levissima* de la Glose 66, sorte de faute qui, d'après nos conceptions perfectionnées, se confond avec la *culpa levis*. Peut-être pourrait-on dire que, des récentes dissertations que nous avons reproduites, résulte un avis pour le juge d'être plutôt sévère qu'indulgent dans la recherche de la faute (2). C'est un bon avis, mais ce n'est pas un principe, ce n'est pas surtout un *jus singulare*. Il n'y aurait donc, pratiquement, rien de spécial dans le droit de notre matière. Le transporteur serait responsable comme tout *conductor operis*. Il serait, comme le *conductor*, libéré par le cas fortuit, sans exception.

La Cour suprême dit : *La force majeure est un événement*

(1) Thöl, *Droit commercial*, III, pages 40 et 46.

(2) Pardessus, II, p. 624, s'exprime ainsi : *Il faut qu'un examen attentif des circonstances apprenne si, en remplissant avec scrupule ses obligations, le voiturier qui allègue la force majeure n'aurait pas pu s'y soustraire ou la prévenir.*

qui, dans les circonstances données, n'aurait pu être ni évité, ni rendu inoffensif même par la plus grande diligence que l'on aurait pu raisonnablement exiger⁽¹⁾. Elle définit ainsi le cas fortuit en général et non une espèce particulière de cas fortuit. Aucun *conductor operis*, quel qu'il soit, n'est affranchi quand il a manqué de la *diligence* que l'on aurait pu raisonnablement exiger.

En un mot, d'après cette doctrine, la responsabilité *ex recepto* n'a aucune portée particulière dans le droit actuel⁽²⁾. La notion de la force majeure n'aurait donc aucune signification spéciale. La responsabilité du transporteur serait la même que la responsabilité *ex locato*, c'est-à-dire qu'elle s'arrêterait au cas fortuit, que l'on appelle ici force majeure. Il y a toujours force majeure quand l'examen attentif du cas ne permet de reconnaître aucune faute.

La responsabilité ramenée à la question de faute et son appréciation laissée à l'arbitraire du juge, telles sont les pierres angulaires de cette doctrine.

(1) Décision du 4 mai 1871, volume XI, page 247. La Cour invoque l'autorité de Goldschmidt, Koch, Kraewel, Wolff, Hahn.

(2) L'américain Wharton a emprunté cette doctrine à la littérature allemande. Il pose, en la donnant, sur la foi des auteurs allemands comme la théorie dominante sur le continent, le principe suivant : *Le transporteur en commun de personnes ou de biens répond des cas fortuits comme un homme exercé dans sa profession*. Il suit, pour le droit romain, l'interprétation allemande de l'édit. La question de savoir si l'édit s'applique aux transports par terre comme aux transports par mer lui paraît une simple question de mots, puisque le transporteur ne répond, dans tous les cas, que de la diligence d'un bon père de famille.

CHAPITRE SIXIÈME.

Conflit entre la doctrine dominante et les règles
de droit positif.

1. Le droit romain primitif exclut la question de faute de la notion de la force majeure. — 2. Point de modification à cette règle par l'innovation de Labéon. — 3. Subsistance du principe dans l'ancienne doctrine allemande et le droit anglo-saxon. — 4. La même doctrine a été maintenue par le nouveau Code de commerce allemand.

1. *Le droit romain primitif exclut la question de la faute de la notion de la force majeure.* — Il est permis de trouver suffisante cette conception de l'obligation du transporteur, de l'aubergiste, de l'entrepreneur de chemins de fer si l'on nie le besoin pratique d'une responsabilité plus étendue et reposant sur une autre base. Mais on ne doit pas se dissimuler que l'on va à l'encontre des règles du droit positif qui ont établi pour les catégories de personnes qui nous occupent une responsabilité spéciale. Ces règles répondent à des besoins pratiques auxquels la doctrine que nous venons d'exposer ne donne point satisfaction.

Etablissons d'abord la partie négative de cette assertion, c'est-à-dire montrons que les règles du droit n'ont pas, au moins dans leur origine, la même tendance que la doctrine que nous discutons.

La preuve de ce que nous avançons se trouve dans le texte de l'Edit du préteur. Il établit la responsabilité abso-

lue et générale du batelier qui ne restitue pas les biens pris en charge ou les restitue endommagés. *Je délivrerai action, dit-il, contre les bateliers s'ils ne rendent pas ce qu'ils ont reçu.*

C'est là un *judicium in factum*. Le juré n'a à rechercher que ces deux faits, prise en charge de la marchandise, restitution. S'il admet l'existence du premier et point celle du second, il doit déclarer la responsabilité. Donc point de question de faute, point d'examen du cas concret. Il est indifférent de savoir comment et pourquoi le batelier s'est mis en situation de ne pas restituer la marchandise.

Il est impossible d'interpréter un principe aussi exorbitant en ce sens que le préteur aurait voulu seulement établir, dans notre matière, la responsabilité de l'entrepreneur pour les faits de son personnel, responsabilité que, en général, le droit romain ne connaît pas. Cette responsabilité est une des parties importantes de notre règle; il s'en faut de beaucoup qu'elle soit la règle tout entière. Le vieux préteur aurait apporté, dans la rédaction de son édit, une maladresse bien peu conforme à ce que nous savons de ses habitudes s'il n'avait songé qu'à établir la responsabilité pour les faits du personnel.

2. Point de modification à cette règle par l'innovation de Labéon. — La règle resta intacte, pendant nous ne savons combien de générations⁽¹⁾, jusqu'au siècle de Tibère. C'est à cette époque que les préteurs, sous l'influence de Labéon, introduisirent une atténuation dans l'application jusque-là absolue du principe.

(1) D'après les conjectures de Dernburg, p. 110, sur l'antiquité des différentes règles de l'Édit du préteur, notre principe daterait, au plus tard, du vi^e siècle après la fondation de Rome.

Quoi que l'on puisse penser du but de la règle et de la portée de la restriction qui y a été mise ultérieurement, il serait contraire à toute vraisemblance historique de supposer que l'innovation de Labéon ait apporté au principe du droit des transports une modification aussi considérable que semble le dire la doctrine que je discute. Avant Labéon, responsabilité absolue du transporteur sans examen des circonstances particulières du cas; après lui, responsabilité seulement pour la *garde très diligente*, selon l'appréciation que fait le juge de toutes les circonstances du cas.

Même en l'absence de témoins (1), la vraisemblance historique serait que le batelier et l'hôtelier, assureurs de la marchandise dans tous les cas, selon l'Édit, demeurent assureurs, après l'amendement de Labéon, mais plus dans tous les cas. Point de place pour l'*arbitrium judicis*; seulement, il y a lieu de rechercher si le cas exceptionnel invoqué par le défendeur et admis par le préteur comme libératoire existe en réalité. La tendance de la loi romaine, avant comme après Labéon, est d'exclure la question de faute et non pas de raffiner sur elle (2).

(1) Ulpien, deux siècles après Labéon, disait clairement : *Le receptor est tenu même si la chose a péri sans sa faute* (L. 3, § 4, Dig., h. t.). Nous avons montré que la doctrine dominante dit le contraire puisqu'il n'y a de responsabilité que pour les accidents que l'on pouvait éviter par une extrême prudence.

(2) J'estime que, dans la procédure classique, le défendeur qui voulait opposer le *damnum fatale* devait l'invoquer devant le préteur et demander la délivrance d'une exception. Cette exception ne portait pas sur l'existence d'un *damnum fatale* en général, mais était encore *in factum*, c'est-à-dire que le défendeur devait préciser l'accident spécial qu'il invoquait comme libératoire. L'exception devait, par exemple, être ainsi con-

3. Subsistance du principe dans l'ancienne doctrine allemande et le droit anglo-saxon. — Tel était aussi le sens que la doctrine qui a précédé celle aujourd'hui dominante trouvait dans le droit romain. Suivant elle, le transporteur est toujours responsable au cas de faute. S'il y a cas fortuit, il faut rechercher si le cas est ou n'est pas de force majeure. Dans la deuxième hypothèse, le transporteur est

que : à moins que la marchandise n'ait péri par le fait des pirates. Cette supposition me semble probable parce que le texte essentiel de la loi 3, § 1, Dig., h. t., indique que l'exception était accordée, suivant l'équité, à l'occasion de chaque cas particulier. Elle ne visait donc pas une catégorie abstraite de cas. De plus, du temps d'Ulpien, les expressions *vis major, damnum fatale* n'ont pas le caractère technique qu'elles auraient pris si elles avaient fait partie des formules. Nous aurions de ces termes une interprétation authentique qui serait une définition de la force majeure. L'hypothèse de l'existence d'une exception générale de force majeure est admissible si l'on suppose, avec l'opinion dominante, que la force majeure est un cas fortuit inévitable. Dans presque tous les cas où une action *de recepto* aurait été introduite, on y aurait répondu par l'exception de *vis major*, puisque le défendeur estimera presque toujours qu'il s'est trouvé en présence d'un cas inévitable.

Si cette théorie est exacte, la mission de faire la distinction entre la force majeure et le cas fortuit appartenait, à Rome, au préteur et non au juge. C'est donc devant le préteur que l'on aura discuté la question de savoir s'il y avait lieu d'accorder une exception *in factum* toutes les fois que le défendeur invoquait un événement par lequel il se prétendait libéré par voie d'exception. Au commencement, on aura discuté en équité. Avec le temps, il se sera établi une jurisprudence prétorienne dont on a cherché à donner la formule en disant : le préteur donne une exception *in factum* lorsque le cas invoqué constitue un *damnum fatale, vis major, θεοῦ βία*. Il visera, par exemple, le naufrage dans la formule délivrée.

Depuis les temps reculés, les éléments pratiques n'ont pas fait défaut pour fournir l'occasion de développer la notion. Tite-Live (livre 23, ch. 49) raconte que, en l'an 538, le préteur, organisant des livraisons pour l'armée d'Espagne, avait dû, sur la demande expresse des transporteurs,

responsable comme un assureur, non par suite de sa faute, mais *ex lege* (1).

Dans ces conditions, la question de faute ne se posera jamais puisque le défendeur répond pour le cas fortuit aussi bien que pour le dommage arrivé par sa faute. Le juge n'a que deux points à examiner : 1° l'événement allégué est-il force majeure d'après sa nature *objective*? 2° est-il réellement arrivé. Si la réponse est affirmative

leur promettre que les pertes provenant du fait de l'ennemi ou de la tempête seraient supportées par le trésor. L'État assurait contre la force majeure. Ce qui parut juste dans la circonstance devint peut-être la règle de certaines relations entre l'État et les particuliers. Dans le service des armées, on retrouve quatre ans après, en l'an 542, une réglementation analogue (Tite-Live, 25, 3, 10). La pratique du Sénat vis-à-vis des publicains était la même (Polybe, VI, 17, 5). Ils étaient exonérés par un événement tout à fait insurmontable, ce qui veut dire sans doute, par une calamité publique. Il en était de même pour les baux passés par les censeurs. Voir Cicéron, *De prov. consul.*, 5, 12 : « *Celui qui a été privé de sa jouissance par le fait des ennemis peut invoquer la lex censoria.* » On peut comparer cette application avec ce que nous disons plus loin sur le rôle de notre notion dans la matière des baux.

On voit donc que ce n'est pas Labéon qui a créé l'idée de l'exception; il n'a fait qu'appliquer au batelier et à l'aubergiste ce qui existait déjà dans d'autres matières.

De ces considérations historiques, se dégage un argument en faveur de l'ancienne doctrine du droit commun. Si le caractère de la force majeure devait être déterminé *in jure*, devant le préteur, la question ne pouvait être jugée que d'après un critère objectif, d'après la physionomie extérieure du cas. En effet, le préteur ne pouvait apprécier, on ne pouvait discuter devant lui toutes les particularités concrètes et notamment la diligence apportée par le défendeur.

Le juge actuel réunit les fonctions du préteur et celles du *judex*. Avant d'examiner les circonstances particulières du cas, il doit répondre à cette question préjudicielle : l'événement allégué est-il, par sa nature, l'un de ceux à l'occasion desquels le préteur accordait l'exception?

(1) Voir la citation de Glück, note 1, p. 37.

sur les deux questions, le *recipiens* est exonéré; sinon il est condamné.

Telle est encore aujourd'hui la manière de voir des Anglais et des Américains. D'après le *common law*, le transporteur est responsable de plein droit, comme assureur, toutes les fois qu'il n'y a pas *force de Dieu ou de l'ennemi public* (1).

« *Le transporteur en commun, dit Smith, est une espèce d'assureur. En cette qualité, il est responsable de tout accident, excepté de ceux provenus par le fait de Dieu ou des ennemis de la Reine. Il n'est pas assureur une fois que la marchandise est arrivée à destination. Il ne répond plus que de sa faute* (2). »

Il est évident que le point de vue de l'assurance exclut celui de la faute. L'opposition qui, malgré l'identité des règles, existe entre l'ancienne doctrine du droit commun, conservée par les Anglo-Américains et l'interprétation actuelle du Code de Commerce allemand se précise en ce point que la dernière fait cesser la responsabilité du transporteur là où elle commence à avoir la nature d'une assurance. Ainsi, tandis que, dans certains cas, l'ancienne doctrine du droit commun, d'accord avec l'origine historique du principe considérait le transporteur comme un assureur, Hahn enseigne, dans le commentaire de l'article 395 du Code de commerce *que l'on ne peut admettre que le transporteur, en cette qualité, réponde d'événements à l'occasion desquels il ne serait qu'un assureur.*

4. *La même doctrine a été maintenue par le nouveau Code de commerce allemand.* — La manière de voir qui se

(1) Wharton, *loc. cit.*, § 552.

(2) Smith, *loc. cit.*, pages 103, 104.

rencontre à l'origine de l'Édit du préteur, qui subsiste dans la pratique anglo-saxonne, me paraît avoir joué un rôle et même un rôle dominant lors de l'introduction des principes qui nous occupent dans le Code de commerce allemand.

On avait demandé, non sans autorité, que les règles du *receptum* ne fussent pas admises dans le Code, la règle de la diligence du bon père de famille paraissant suffisante pour les nécessités du droit des transports. Cette opinion fut combattue et compta principalement parmi ses adversaires les membres de la commission qui étaient des commerçants : *La plupart des commissaires et surtout les commerçants se sont prononcés pour le système rigoureux d'après lequel les voituriers, les bateliers et les transporteurs doivent être soumis à l'entière responsabilité du receptum. Cette opinion, disait-on, était dominante dans la pratique de beaucoup de pays et était théoriquement fondée. Le receptum, en droit commun, a pour raison d'être, non pas les risques pouvant résulter de la nature du matériel employé, mais la défiance inspirée par le personnel de l'entreprise dont on n'avait aucun moyen pour contrôler la diligence (Travaux préparatoires, page 794). Il est donc hors de doute que, par la pleine responsabilité, on a entendu la responsabilité pour les dommages causés par les cas fortuits dans l'ancien sens du droit commun et non la doctrine nouvelle, raffinée jusqu'à la volatilisation. On estimait qu'il allait de soi que, ex recepto, on répondait des cas fortuits, la force majeure exceptée (Trav. prép., pages 793, 801) (1).*

(1) Grünhut, *loc. cit.*, page 120. Voyez aussi *Trav. prép.*, pages 2286

Cette opinion, plus rigoureuse, l'emporta. *Il fallait supprimer la question de savoir si le transporteur avait eu la diligence nécessaire ou était en faute et il ne fallait pas admettre le transporteur à proposer la preuve de l'absence de faute.* Il était donc nécessaire de poser en principe que *le transporteur répond de tous les cas qui ne sont pas force majeure, par exemple du vol (Trav. prép., p. 4696).*

C'est en ce sens que l'expression latine *vis major* a été mise entre parenthèses dans le texte de l'article 395 en face des mots force majeure. Il était bien entendu que *l'emploi de la plus grande diligence ne suffisait pas pour établir l'existence de la force majeure* ⁽¹⁾. Comment entendre cela, sinon en ce sens que le législateur allemand a voulu imposer au transporteur une part du risque du transport, le constituer assureur en certains cas?

Il est clair, dès maintenant, que la théorie, aujourd'hui dominante, est contraire au vrai principe de la loi puisque, en théorie et en pratique, elle établit cette responsabilité plus douce que le législateur a intentionnellement abandonnée.

et suiv. Dans la commission du droit maritime, on examina le cas où du thé, chargé sur un bateau, serait infecté par des produits chimiques, faussement déclarés. On supposait *qu'il n'y avait faute ni du capitaine ni de son personnel. Néanmoins, disait-on, il n'était pas douteux que le commerçant eût une action ex recepto.*

(1) Grünhut, p. 121. On pensait aussi qu'un cas pouvait être de force majeure sans être absolument inévitable. Nous montrerons que cette idée était juste. Aussi résolut-on de supprimer le mot *inévitabile* dans le texte relatif à la force majeure. Cette circonstance a été invoquée à tort en faveur de la doctrine dominante (Koch, *Chemins de fer allemands*, II, p. 27; Eger, *loc. cit.*, p. 236). Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'on n'a pas voulu prendre l'inévitable comme criterium de la force majeure.

CHAPITRE SEPTIÈME.

Principe du *receptum*.

1. Le *receptum* a pour objet de défendre l'expéditeur contre les difficultés de preuve spéciales à la matière. — 2. Étude sur les inconvénients des règles ordinaires de la preuve dans certaines situations juridiques. — 3. Remède apporté à ces inconvénients par une dérogation aux règles ordinaires du droit.

1. *Le receptum a pour objet de défendre l'expéditeur contre les difficultés de preuve spéciales à la matière.* — Nous voici donc ramenés au point de vue de l'ancienne doctrine, c'est-à-dire à des principes absolument contraires aux conceptions actuelles du droit allemand et du droit français. Il faut partir de cette idée que la loi rend certaines classes d'entrepreneurs assureurs pour tous les accidents qui arrivent, dans une période déterminée, aux marchandises ou aux personnes. Seulement une exception est faite pour une catégorie d'accidents. La responsabilité ainsi définie ne résulte point de la faute, ni dans son sens commun, ni dans le sens d'une faute très légère, ni dans celui d'une faute présumée ou supposée. L'étendue de cette responsabilité doit, comme dans toute assurance, être déterminée par une limite objective, par des critères d'après lesquels on puisse juger *a priori* si le cas en question rentre dans la règle ou dans l'exception, sans qu'il soit besoin d'apprécier les circonstances particulières de l'événement.

La question de savoir quels sont ces critères ne doit venir qu'en second lieu. Il s'agit, avant tout, de trouver le principe de la règle, pour en dégager l'exception.

Nous l'avons déjà dit, ce qui faisait la faiblesse de l'ancienne théorie à laquelle nous entendons revenir, c'était le manque d'un principe pour la responsabilité des bateliers. Une doctrine qui n'explique une réglementation aussi exorbitante que par la mauvaise réputation de *hoc genus hominum* au temps d'Ulpien ne pouvait être viable, surtout en Allemagne. Moins rationnels, mais plus pratiques que leurs cousins les Allemands, semblables en cela aux Romains, les Anglo-Saxons peuvent admettre le maintien d'une règle traditionnelle dont le motif leur échappe. Ils se contentent de savoir qu'elle existe et ils ont le sentiment qu'un principe, qui a duré si longtemps et dont le champ d'application a été s'étendant avec le développement du commerce, ne s'est pas conservé sans raison.

C'est donc le *motif* de la règle romaine et de ses rejetons modernes qu'il faut chercher avant tout. Ce travail n'a pas seulement un intérêt historique et théorique; mais il doit nous conduire à la solution des questions pratiques qui nous occupent. Le but n'est pas seulement le *créateur du droit*^(a), comme de toutes les institutions humaines. Il en est souvent, à défaut d'autre ressource, l'interprète et le régulateur. Si j'indique, avec quelque vraisemblance, le résultat que les préteurs romains ont voulu atteindre dans l'édit sur les *nautæ*, j'aurai montré le but de la règle. Je connaîtrai aussi celui de l'exception, si l'on suppose que l'exception

(a) Note du Traducteur. — Allusion au livre de Ihering, célèbre professeur de Göttingue, auteur de : *Le but dans le droit*.

n'allait pas à l'encontre du but de la règle, mais tendait à un résultat en harmonie avec le principe. Ce que nous savons du développement organique du droit romain rend cette supposition vraisemblable.

Cette première question résolue, nous nous trouvons en face d'une deuxième qui est celle-ci : les besoins pratiques en vue desquels ont été écrites les règles romaines subsistent-ils dans notre civilisation? Sont-ils remplacés, au moins, par d'autres analogues? ou n'ont-ils plus que le caractère d'antiquités, comme les fossiles d'animaux disparus?

Cette deuxième question ne nous arrêtera point. Car nous essaierons d'établir ces principes sur une base assez large pour la trouver subsistante et même développée dans les conditions d'existence du grand commerce actuel.

La raison d'être du *receptum* réside, à notre avis, dans la difficulté où se trouve régulièrement tout particulier obligé de faire usage de ses droits à l'encontre de ces entreprises de transport et de garde dont l'organisation est si compliquée. La preuve comporte des inconvénients qui ont dû, si souvent, étouffer le bon droit que l'on n'a pu y remédier que par une modification au fond même du droit. C'est cette modification qui constitue la base de la responsabilité *ex recepto*, dans le droit actuel aussi bien que dans le droit romain.

2. Etude sur les inconvénients des règles ordinaires de la preuve dans certaines situations juridiques. — Les difficultés que nous avons en vue sont d'une nature spéciale; elles diffèrent de celles que l'on rencontre dans la preuve de la propriété, si épineuse, dans celle de la paternité, qui est presque impossible. Il est donc nécessaire de traiter ce sujet avec quelque développement.

C'est une vérité qui court les rues que l'efficacité pratique de nos droits dépend de la preuve des faits qui leur servent de base. Si je suis hors d'état de prouver ces faits, c'est en vain que j'aurai les plus beaux droits du monde. Je resterai livré à la bonne volonté de mon débiteur, c'est-à-dire que je n'aurai aucun droit utile. Le droit devient de plus en plus problématique à mesure que la preuve en est plus difficile.

Les raisons et les degrés de cette difficulté varient à l'infini. Ils peuvent être subjectifs et dépendre de circonstances personnelles au créancier, ou objectifs et se rattacher à la nature des preuves ou des faits à prouver. Tantôt, comme dans la matière de la constitution des servitudes, il s'agira de faits éloignés dans le temps, ou, comme dans celle de la filiation, de circonstances impossibles à constater.

En principe, c'est le créancier qui doit supporter les conséquences de ces difficultés de preuve. Mais, dès les temps anciens, on a imaginé des palliatifs pour venir au secours du créancier présumé dans certains cas où cela a paru nécessaire. C'est à ce résultat que tendent, non seulement certains moyens de procédure, comme le serment d'évaluation, mais aussi des règles qui tiennent au fond du droit. Telles sont la prescription, la Publicienne, les présomptions civiles par le moyen desquelles une certaine vraisemblance est tenue pour vérité quand la preuve des faits rencontre des obstacles devant lesquels le législateur ne veut pas laisser échouer le droit.

D'autres difficultés sont aussi considérables que celles que l'on rencontre dans la preuve des faits. Ce sont celles relatives à la découverte des faits à prouver. Une telle

situation se présente tous les jours quand un préjudice est causé par un auteur inconnu ou introuvable. Si l'auteur est connu et trouvé, l'embarras peut venir de ce que nous ne connaissons pas, dans leur ordre, la série des faits décisifs. Si nous les connaissions, nous pourrions les prouver. Ce ne sont pas les moyens de preuve qui nous manquent, mais les moyens de savoir ce qui est à prouver.

Prenons un exemple dans la vie quotidienne. Je suis dans un fiacre fermé; subitement, je sens un choc et je me trouve dans la rue, ma voiture fracassée, ma malle brisée. Voilà tout ce que je sais. Le cocher, assigné, prétend qu'un détachement militaire qu'il ne pouvait voir arrivait par une rue transversale. Tout d'un coup, près du cheval, la troupe a fait une conversion dans la rue et, au même instant, a commencé à battre de la caisse. Les chevaux ont pris peur et ont renversé la voiture. Tout cela est vrai; tout cela est prouvé. Le juge ne peut faire autre chose que de reconnaître l'existence du cas fortuit et de me débouter.

Ce n'est pourtant pas toute la vérité, mais une partie seulement de la vérité, qui est favorable au défendeur et qui paraît être toute la vérité, parce que l'on ignore certains éléments que le demandeur ne pouvait mettre en avant. S'il avait été sur le siège, au lieu de se trouver à l'intérieur, il aurait pu compléter ces premiers faits par d'autres qui eussent été faciles à établir, du moment où il les aurait connus. Le cocher, au moment critique, ne regardait pas devant lui, bien qu'il se trouvât dans une rue où il y avait une grande circulation; il s'était retourné pour causer avec un camarade. Le timon, ce jour-là, n'était pas bien assujéti; les guides, usées, ont éclaté par suite d'un brusque mouvement et le cocher n'a plus pu

diriger l'attelage, etc... Aucun doute que si ces faits avaient été connus du demandeur et établis par lui concurremment avec ceux allégués par le cocher, il eût triomphé.

C'est ainsi que de nombreux droits ne peuvent être exercés en justice, parce qu'il arrive fréquemment qu'une seule partie est en mesure de connaître les particularités des faits compliqués dont dépendent généralement de semblables litiges et qu'elle seule peut mettre en lumière les circonstances qui lui sont favorables. Les meilleurs juges ni les meilleures lois n'y peuvent rien. Cela tient à l'imperfection des choses humaines dont fait partie l'administration de la justice.

3. *Remède apporté à ces inconvénients par une dérogation aux règles ordinaires du droit.* — Il faut subir cette nécessité dans le plus grand nombre des matières juridiques. Il y a des cas où il en est autrement ; je veux parler de ceux où cette inégalité entre les deux parties se trouve nécessairement et toujours favoriser l'auteur du préjudice à l'encontre de celui qui le souffre. Le législateur doit alors rechercher s'il n'y a pas lieu pour lui d'intervenir par des modifications touchant le fond du droit ou la procédure. Comme ce remède est à deux tranchants, il faut bien se garder de l'employer partout. Il convient de se borner à y avoir recours dans des relations de commerce d'une importance assez grande pour que les inconvénients auxquels il obvie soient criants. Le préteur romain, avec sa *viva vox juris civilis*, était tout indiqué pour cette besogne. L'édit *des his qui effuderint* est le type des situations que nous avons en vue et des remèdes à y apporter législativement.

Si, passant dans la rue, je suis blessé à l'improviste par un objet que l'on a jeté ou qui est tombé de la fenêtre

d'une maison, je suis manifestement hors d'état de rechercher les éléments de la responsabilité. Je pourrai tout au plus reconnaître de quelle fenêtre l'objet est tombé, point quelle est la main qui l'a lancé; encore moins pourrai-je savoir si l'accident est survenu par cas fortuit ou par suite d'une faute. On comprend que les recherches que je tenterai de faire dans la maison, sur-le-champ ou plus tard, demeureront sans succès. Si on veut appliquer les règles ordinaires, je suis déchu de mon droit.

Le préteur a trouvé, pour cette situation, un remède très simple qui a aussi été accepté dans les Codes allemands. Il décide que, dans un pareil cas, le maître de la maison est, de plein droit responsable, quel que soit l'auteur du dommage, qu'il y ait une faute ou qu'il n'y en ait pas (1). C'est donc une assurance législative.

Une règle aussi absolue était nécessaire pour la protection du public. La présomption d'une faute contre le maître de la maison n'eût pas été suffisante : la preuve contraire aurait été trop facile à administrer et c'eût été alors au demandeur à rechercher le délinquant tandis que le défendeur est seul en état de le trouver et de recourir contre lui.

Sans doute, le préteur ne pouvait se dissimuler que sa règle est une épée à deux tranchants. Quelquefois, elle frappera l'innocent, si le maître de la maison n'est pas en faute, s'il est hors d'état de recourir contre le délinquant

(1) L. 4, *De his qui effud.*, 9, 3. L'Edit existait déjà à la fin de la République. Voir L. 3, § 4, h. t. Trebatius (a).

(a) Note du Traducteur. — Le principe a été admis même par les législations allemandes qui ont adopté le Code civil. Le Code badois en a fait une addition à notre article 1386.

ou s'il y a eu pur cas fortuit. Il fallait accepter l'inconvénient à cause de l'utilité publique d'une institution qui, dans son ensemble, protège la circulation tant par une répartition pratique des responsabilités que par l'obligation qu'elle impose aux propriétaires de surveiller leurs fenêtres et leur personnel.

A l'individu isolé qui pouvait se plaindre d'avoir subi la loi sans avoir commis aucune faute, les Romains, moins sensibles que nous, répondaient que, le jour où quelque chose lui tomberait sur la tête, il comprendrait l'avantage qu'il y a pour lui à être dispensé de rechercher le délinquant et d'établir la faute. En tout temps, il jouissait des bienfaits d'une loi, protectrice de la circulation.

L'identité des motifs politiques établit une parenté proche entre cette règle et celle relative à la responsabilité absolue des *horrearii* touchant les biens déposés dans leurs magasins.

Les capitalistes romains affectionnaient beaucoup les entreprises des magasins publics établis non seulement pour un dépôt temporaire, mais aussi pour procurer une garde plus sûre des objets de valeur⁽¹⁾. Il faut donc nous représenter les *horrea* comme organisés avec de grands emplacements et un nombreux personnel, une combinaison de nos magasins et de nos dépôts. Il est clair que le particulier qui confie ses biens à une organisation aussi compliquée est hors d'état de contrôler ce qui s'y passe. Si sa chose disparaît ou est endommagée, il est, pour rétablir l'ensemble des faits d'où se dégagera la solution de la question de faute, dans une situation analogue à celle du

(1) Consulter Baron, *Arch. de pratique civile*, § 52, p. 47. L. 3, § 2, Dig., *De off. pr. vig.*, 1, 15... dans les dépôts où l'on dépose les biens les plus précieux.

passant dont les vêtements ont été abîmés par une main inconnue, dans des circonstances ignorées.

Il y a, il est vrai, entre les deux situations cette différence que, cette fois, ce n'est plus au propriétaire qu'incombe le fardeau de la preuve, mais à son adversaire, en vertu de l'obligation contractuelle. Nous nous expliquerons plus loin sur la portée de cette différence. Il n'en est pas moins certain que, dans une telle situation, le défendeur seul peut être au courant des particularités du fait. Seul, il connaît les circonstances favorables qu'il invoquera à son aise tandis que le propriétaire demeure sans moyens de défense, puisqu'il ne sait rien et n'a rien à répondre.

Cette inégalité de situation, avec les abus qu'elle pouvait entraîner et à cause de l'importance pratique des dépôts, a paru assez grave aux Romains pour justifier la nécessité d'une loi spéciale qui vint garantir le public en rapports avec ces institutions. C'est là encore une assurance obligatoire. L'*horrearius* répond, en principe, de toutes les marchandises qui lui sont déposées, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir s'il y a faute ou cas fortuit. Il y a une exception; c'est la force majeure. Nous pouvons, pour le moment, la laisser de côté. Elle ne modifie point la nature de la responsabilité normale, qui embrasse le cas fortuit. Car il n'est pas question ici d'une diligence qui aurait permis d'éviter le danger⁽¹⁾.

(1) Pernice, *Labéon*, II, p. 350. Le texte principal est la loi 1, Code, *De locato*, 4, 65. Le propriétaire des greniers publics n'est pas responsable de la force majeure, de l'attaque des brigands. Dans les autres cas, il est responsable du dommage survenu dans les greniers (Caracalla). Le principe existait dès le commencement de la période impériale ainsi qu'il résulte du texte de Labéon, L. 60, § 9, Dig., *Locati*, 19, 2.

CHAPITRE HUITIÈME.

Portée pratique du principe du *receptum*.

1. Impossibilité pour l'expéditeur de faire la preuve de la faute du transporteur. — 2. L'expéditeur n'est pas suffisamment garanti par l'obligation de preuve existant à la charge du transporteur. — 3. Le *receptum* corrige cet inconvénient en éliminant la question de faute.

1. *Impossibilité pour l'expéditeur de faire la preuve de la faute du transporteur.* — Ces considérations permettent de comprendre quelle était la portée pratique de la responsabilité romaine *ex recepto*. Ce n'était pas une situation isolée, mais bien l'un des cas où l'on se trouve en présence des difficultés de preuve que nous venons de développer. Il y avait donc lieu, pour le législateur, de faire subir au droit commun une modification analogue à celles que nous connaissons.

Un voyageur a confié sa malle à un garçon d'hôtel; le lendemain, quand il se remet en route, il la trouve brisée ou inondée. Comment, dans le labyrinthe de l'hôtel, pourra-t-il rechercher l'auteur et reconstituer les circonstances de l'accident? L'expéditeur qui livre sa marchandise au transporteur par mer la voit disparaître dans les flancs du navire; là, elle tombe dans les rouages d'un mécanisme dont le contrôle est impossible. Après bien des transbordements et des manipulations qui ont leurs dangers parti-

culiers et exigent des précautions spéciales, sans parler des difficultés relatives à la conduite du navire, le colis arrivera au port, en bon ou en mauvais état.

Le transport des personnes et des choses a reçu aujourd'hui un immense développement par le fait des chemins de fer. Voilà un organisme dont le contrôle est impossible pour les gens du dehors. Le chemin de fer transporte les hommes et les biens; il les endommage aussi parfois. Le sinistré qui voudrait découvrir et suivre la série des faits qui ont abouti au dommage serait, dans presque tous les cas, en face d'un mur, hors d'état de pénétrer dans l'épaisseur des causes entrecroisées et de faire la lumière sur la route qui, si souvent, part d'une circonstance minime, faute ou non, pour arriver, par des détours, à l'accident préjudiciable.

2. *L'expéditeur n'est pas suffisamment garanti par l'obligation de preuve existant à la charge du transporteur.* — Il est vrai que cette obligation de preuve ne lui incombe pas. C'est son adversaire et non lui, qui a charge de tirer les choses au clair.

Voilà une objection contre nos observations qu'il faut d'abord réfuter. Non pas qu'elle ait été soulevée ni dans l'antiquité, ni dans les temps modernes contre les règles du prêteur à l'égard desquelles elle aurait aussi pu être invoquée. Mais elle a servi d'argument aux adversaires de la responsabilité rigoureuse dans la discussion du Code de commerce allemand. Il serait inadmissible, disait-on, que l'on imposât au propriétaire de la marchandise l'obligation de faire la preuve de la faute qui a causé le dommage. Mais cette exigence est écartée par le principe de droit commun d'après lequel tout débiteur doit prouver que l'inaccomplis-

sement de l'obligation n'est pas causé par sa faute. C'est ce que consacre en outre le texte formel de l'article 395. Donc pas de difficulté sous le rapport de la preuve. Le demandeur en dommages-intérêts n'a d'autre preuve à apporter que son contrat. Il ne peut être débouté que si le demandeur établit ou bien qu'il a exécuté son contrat ou bien qu'il est survenu des faits, dont il aura lui-même à prouver l'existence, d'où résulte pour la conscience du juge qu'il n'y a pas eu faute, mais cas fortuit.

Nous pouvons concéder que le public serait plus mal partagé encore avec des règles différentes au sujet de la preuve; de telles règles d'ailleurs n'ont jamais été admises pour aucun contrat. Mais on se trompe si l'on croit que cette distribution du fardeau de la preuve constitue un secours suffisant. On exagère la difficulté de la preuve qui incombe au défendeur, surtout dans le système de la preuve libre (a).

Recherchons, par exemple, comment se prépare et s'accomplit habituellement la preuve dans la matière des accidents de chemin de fer.

Avant le procès, l'entrepreneur fait constater les faits et rechercher les causes. Il examine d'abord, aussi complètement que possible, les particularités du fait essentiel, déraillement, rencontre, explosion de machine, incendie de gare. Il en cherche, en premier lieu, la cause prochaine, ensuite les raisons plus lointaines. Celui qui a l'expérience de ces recherches, telles qu'elles se pratiquent dans un or-

(a) Note du Traducteur. — Le système de la preuve libre est un principe introduit dans le droit allemand par le Code de procédure civile de 1879.

ganisme compliqué, en connaît les difficultés. Il n'estime pas qu'il y ait de très grandes chances pour que l'on arrive à un résultat clair. D'après la nature des choses, il y aura, sur divers points, plusieurs hypothèses possibles dont chacune conduit à un résultat différent. Il est naturel, il est humain que l'entrepreneur dirige sa recherche dans le sens le plus favorable à la bonne renommée de l'entreprise. Entre plusieurs suppositions, il choisira celle qui aboutit au cas fortuit. Je ne suppose même pas qu'il y ait mauvaise foi de sa part et j'admets qu'il ait sérieusement l'intention de trouver la vérité. Mais, dans l'ignorance de la véritable cause, il sera disposé à s'arrêter à celle qui est exclusive de toute faute.

N'oublions pas que la recherche ne roule pas seulement sur des objets. Le plus souvent, elle porte aussi sur un grand personnel d'employés, une armée de subalternes qui ont tous intérêt à ce que l'on ne découvre pas une cause qui porte préjudice à l'entreprise et à eux-mêmes. Ils seront trop disposés à pousser le directeur dans cette voie, sinon en lui donnant de fausses indications, du moins en gardant le silence sur les circonstances qui pourraient faire aller l'enquête dans un sens peu favorable. Le directeur ne pourra tenir compte de faits ignorés de lui. Or, bien souvent, une supposition, peu vraisemblable par elle-même, deviendra plausible parce qu'aucune autre ne se présente à côté d'elle.

Voilà à quoi aboutira l'enquête que l'on apportera au juge comme une preuve à décharge. L'ensemble des faits arrive tout préparé devant le juge. D'après le défendeur, c'est là la série des circonstances d'où est venu l'accident. Leur existence est matériellement démontrée, l'expertise

prouve qu'il y a possibilité technique que ce soit là la cause du sinistre.

Le juge ne connaîtra pas d'autres circonstances que celles relevées par le défendeur. Il ne peut ni faire une enquête pour les contrôler ni des expériences techniques pour s'éclairer. C'est au demandeur qu'il appartient de faire la preuve contraire, de montrer que l'on n'a pas vu ceci, que l'on a dissimulé cela, que des faits différents sont la cause de l'accident tandis que ceux établis par le défendeur, quoique vrais, n'ont pas eu la conséquence qu'il leur attribue. Mais le demandeur ne sait rien par lui-même; il n'a aucun moyen de faire des recherches avec succès. Il aura d'autant plus de chances de se heurter aux difficultés dont nous avons parlé que le mécanisme de l'entreprise est plus compliqué et que la cause à rechercher est plus lointaine.

Le tableau tracé par le défendeur restera donc la base de l'appréciation du juge. Malgré la disposition du droit commun sur la répartition de la preuve, nous nous retrouvons en face de la situation délicate dont nous avons parlé. Sans un secours législatif, le particulier va se trouver déchu de son droit dans la plupart des accidents, à cause de la constante supériorité au point de vue de la preuve d'un adversaire bien organisé.

3. *Le receptum corrige cet inconvénient en éliminant la question de faute.* — Ce secours spécial consiste dans la responsabilité *ex recepto* dont nous avons déjà indiqué la portée. Le risque de la chose est mis à la charge du *recipiens* pour un motif d'utilité générale, dans un but de protection du public. Un pareil résultat ne pouvait être atteint que par l'établissement d'une règle d'un caractère aussi

absolu. Une simple présomption de faute n'aurait aucune signification, puisque la preuve incombe au défendeur. Une aggravation de la responsabilité du transporteur au delà de la diligence ordinaire serait dépourvue de portée, la preuve du cas fortuit demeurant libératoire. Une seule mesure reste donc possible, l'*élimination de la question de faute* obtenue au moyen de l'établissement de la responsabilité générale de l'entreprise.

C'est bien là qu'ont voulu arriver les Romains, non seulement au temps de l'édit, mais aussi à l'époque classique. Paul dit : *Le batelier a l'action furti, puisqu'il court le risque du vol*, et Ulpien : *Si les choses qu'il a reçues ont péri, c'est à son risque* (L. 4, pr., L. 3, pr., D. *nautæ*, 4, 9).

L'intention a été la même, nous l'avons déjà démontré, lorsque l'on a introduit ces règles dans le Code de commerce allemand. Le rapport qui existe entre notre question et la question de preuve a été très bien aperçu, ainsi qu'il résulte d'un passage remarquable des travaux préparatoires (p. 4695). Un membre de la majorité a fait, à propos de la règle de l'article 395, l'observation suivante : « *Sans cette disposition, on met l'expéditeur dans l'obligation ou de renoncer à la preuve contraire ou d'apporter la preuve que, à un moment donné, le transporteur a été en faute. C'est une situation où il ne faut pas placer l'expéditeur. Il lui est, en effet, impossible de suivre la marchandise d'une façon constante, de contrôler la manière d'agir du transporteur et de se procurer les moyens qui lui permettront de faire la preuve. Dans ces conditions, il faut supprimer la question de savoir si le transporteur a employé la diligence nécessaire* ».

Cela veut donc dire — et nous pouvons résumer ainsi toutes nos explications — que le but de la règle est d'éli-

miner la question de faute dans le débat entre l'expéditeur et le transporteur et que la raison de cette élimination se trouve dans la difficulté de la preuve pour le sinistré. Puisque, en général, il sera impossible de rapporter un tableau complet des circonstances concrètes qui ont causé le dommage, on veut que ces circonstances ne soient pas prises en considération dans le litige sur la responsabilité. Il est plus digne et plus juste que le juge n'ait pas à examiner la question de faute que de le contraindre à la juger sur des éléments produits par une seule des parties. Comme, dans la plupart des cas, il y aura une faute de l'entreprise, que la sécurité du commerce l'exige ainsi, nous prescrivons au juge de se borner à constater l'existence du dommage et d'accorder les dommages-intérêts sans plus ample examen.

Il n'est pas douteux que la probabilité d'une faute du transporteur figure parmi les motifs législatifs de notre principe. L'expérience nous apprend en effet que, dans ce cas, c'est précisément ce qui est le plus vraisemblable qui est le plus difficile à prouver. Les besoins du commerce réclamaient donc un secours législatif. Mais cette considération ne joue son rôle dans la loi qu'à titre de motif. Le principe restera applicable même dans les espèces où cette probabilité de la faute ne se rencontrera pas. Il n'y a pas de preuve contraire contre cette *présomption légale*. Quand le législateur a fondé une règle sur une vraisemblance, on n'exige pas que cette vraisemblance se rencontre dans chacun des cas qui rentrent dans l'étendue du principe législatif (1). Elle s'applique même dans l'hypothèse où la

(1) Sur la présomption légale, v. Burkhard, *Présomptions civiles*, pages 166, 173 et suiv. *Le principe ne consiste pas dans la supposition d'une*

plus grande vraisemblance est contre la présomption, même dans celle où il est certain que la présomption est inexacte. Le seul remède contre les effets du principe consiste dans la limitation de ce principe par l'établissement d'une exception légale.

Ceci nous conduit de l'étude du principe à celle de l'exception.

circonstance; on ne dit pas que telle circonstance doit être tenue pour vraie sans être établie. Mais on pose une règle de droit en se fondant sur ce motif que telle circonstance doit être tenue pour vraie. Il ne peut donc jamais être question d'une preuve contraire puisque la présomption de l'existence du fait n'est que le motif de l'établissement de la règle. Le motif ne peut prévaloir contre la règle une fois établie. La circonstance que la présomption est indiquée comme le motif de la loi ou que la loi se présente sous le couvert de la présomption n'y peut rien changer.

Un exemple tout récent se rencontre dans la loi autrichienne sur les chemins de fer qui fonde le principe de la responsabilité absolue des chemins de fer en matière d'accidents de personnes sur la présomption d'une faute de l'entreprise (§ 1, voir ch. I de ce travail). Voilà bien la probabilité dont nous avons parlé.

Ce procédé a été blâmé avec raison (Randa, *loc. cit.*, page 23). Les motifs ne doivent pas faire partie du texte de la loi. La probabilité de la faute n'est même pas le principal motif de la loi puisque, d'après le § 2, la preuve du cas fortuit ne fait pas disparaître la présomption légale. L'entreprise n'est affranchie que si elle prouve la force majeure, l'acte inévitable d'un tiers ou la faute de la victime elle-même.

CHAPITRE NEUVIÈME.

Limitation des effets du *receptum* par l'exception de force majeure.

-
1. Introduction d'une exception dans le droit romain pour limiter les effets du *receptum*. — 2. L'exception doit être accordée quand le caractère fortuit de l'accident est évident au premier abord. — 3. Le critère de l'exception sera nécessairement objectif. — 4. Retour aux anciens principes expliqués plus scientifiquement.

1. *Introduction d'une exception dans le droit romain pour limiter les effets du receptum.* — Les explications qui précèdent suffisent pour faire comprendre que la responsabilité de l'Édit aboutit quelquefois à une évidente injustice. Il faudra la supporter, comme un mal nécessaire, à moins qu'on ne puisse la supprimer ou l'atténuer sans renoncer aux effets bienfaisants du principe. Jamais un jurisconsulte ne s'est trouvé en face d'une espèce où il était évident, de prime abord, que le *recipiens* n'était pas en faute sans se demander si cette atténuation était impossible à trouver. Dans de semblables hypothèses, en effet, la contradiction entre le principe de la loi et son effet est criante. Car le but de la loi n'a pas été d'établir une assurance, mais bien d'atteindre toujours et sûrement la faute. Il ne convient donc pas d'écraser un transporteur qui n'est pas en faute et que le sinistre frappe déjà péniblement dans ses biens personnels.

Tel est le cas où le bateau et la cargaison ont été perdus par l'effet d'une tempête. L'idée d'une faute doit, raisonnablement, être écartée. Il est à supposer que le capitaine et l'équipage auront fait tout leur possible, quand cela ne serait que pour se sauver eux-mêmes. Il n'est donc guère raisonnable de poser ici la question de faute et l'Édit, qui présume la faute, apparaît, dans la circonstance, comme une simple injustice. C'est à cette occasion qu'est intervenu le génie innovateur de Labéon.

Il engagea le préteur à affranchir le batelier défendeur à l'action *ex recepto* au moyen d'une exception *in factum* pour le cas où le bateau faisait naufrage ou était pris par des pirates. Les juriconsultes ont, à son exemple, formulé un avis analogue dans des hypothèses semblables qu'ils nommaient *damna fatalia, vis major*.

On ne procéda pas par voie de solution législative; la loi ne formula aucune restriction ayant pour but de satisfaire l'équité sans altérer l'effet salutaire de l'Édit. Le préteur décidait souverainement, dans chaque espèce, s'il y avait lieu d'accorder le palliatif. La pensée d'équité d'où était issue l'exception restait flottante.

Tant que dura l'autorité du préteur, tant que le droit demeura une science vivante, on n'éprouva pas le besoin de rédiger cette idée sous la forme d'une règle de droit. Plus tard, dans cette matière comme dans bien d'autres, la force créatrice a fait défaut. On se contentait des exemples classiques. On laissait le juge les appliquer par analogie. Le *Corpus juris* présente donc, sur ce point, une idée juridique, mais non une notion formulée. Notre devoir est de dégager l'une de l'autre.

2. *L'exception doit être accordée quand le caractère*

fortuit de l'accident est évident au premier abord. — Le principe de l'exception, qui est le but principal de notre recherche, se déduit naturellement du principe de la règle tel que nous l'avons formulé. La règle, nous le savons, a pour objet de supprimer une difficulté de preuve en éliminant la question de faute dans l'intérêt du commerce. Elle met la responsabilité à la charge du *recipiens* parce que, en général, la vraisemblance est contre lui et que la vérité ne peut être établie avec une sûreté suffisante. L'exception trouvera raisonnablement sa place quand, par extraordinaire, la difficulté de la preuve disparaîtra et que toute la vraisemblance sera en faveur du défendeur. Ce cas se présentera *lorsque le caractère fortuit de l'accident sera évident au premier abord.*

L'exception repose donc sur cette pensée : l'accident allégué par le défendeur est tel que, une fois prouvé, il portera en lui-même la preuve de l'absence de faute et tel aussi que la preuve de son existence ne puisse donner lieu à aucune difficulté. L'événement en question devra donc être un fait considérable et apparent que l'on ne pourra ni inventer ni travestir.

Dès lors, il n'y a plus à redouter ces confusions d'où le juge ne pourra se dégager. La raison d'être du principe du *receptum* disparaissant, nous pouvons, par exception, le laisser de côté.

La *certitude des circonstances* en faveur du *recipiens*, tel est le principe de l'exception de la force majeure. Il n'y a point là une contradiction, mais une saine intelligence du principe. L'admissibilité de l'exception ne dépend point d'une question de faute, mais se règle d'après les circonstances extérieures. Suivant que ces circonstances

existent ou n'existent pas, des conséquences opposées se produisent. En général, le *recipiens* est responsable sans examen de la question de faute et des circonstances particulières de l'affaire. Mais la loi admet certains cas exceptionnels dont l'existence, une fois prouvée, libère de prime abord le *recipiens*, toujours sans que l'on entre dans la question de faute.

3. *Le critère de l'exception sera nécessairement objectif.*

— Les indications que nous avons données sur ces cas exceptionnels ont été, jusqu'à présent, assez générales. Mais si nous connaissons le motif de droit pour lequel le législateur les a distingués des cas ordinaires, nous tenons le fil qui va nous conduire à la détermination méthodique de la notion. Nous ne savons pas encore ce que c'est que la force majeure, mais nous avons le moyen de l'apprendre. Il suffira pour cela de préciser les caractères que doit présenter un événement pour rentrer dans l'exception. Les résultats de notre recherche sont déjà assez dessinés pour nous permettre de comparer les conséquences de notre système avec celles de l'opinion dominante et de montrer l'influence qu'elles pourront avoir sur la pratique.

Pour nous, la question de savoir s'il y a cas fortuit ou force majeure ne sera jamais une question de faute, puisque ce point de vue doit être, en tous cas, écarté. Le juge n'aura donc jamais à s'occuper du plus ou moins de diligence du défendeur ou de son personnel en face de l'accident. Il regardera le cas du dehors et recherchera s'il a le caractère de la force majeure, tel que nous le déterminerons bientôt. Le caractère ne peut être qu'objectif et extérieur; on le distinguera aux apparences de l'événement. Le juge se bornera donc à considérer ces apparences

pour voir s'il y trouve le caractère de la force majeure; il en admettra l'existence au cas de l'affirmative, sinon il la repoussera. Ainsi, nous sommes en opposition absolue avec la doctrine dominante qui, pour admettre ou repousser l'exception, examine le cas concret et fait dépendre la solution du degré de diligence employé par le défendeur pour éviter l'accident.

Par les motifs indiqués dans la partie critique de ce travail, nous ne pouvons trouver dans cette opposition qu'un argument en faveur de notre théorie. C'est aller dans le sens du but et de l'esprit de notre institution, c'est apporter un bienfait au commerce que de supprimer, dans les procès qui nous occupent, l'examen des questions de faute, si délicates et d'épargner autant que possible aux juges les difficultés de l'appréciation du cas individuel. Sa décision doit dépendre de quelques circonstances extérieures faciles à saisir et sur lesquelles on ne peut se tromper aisément. Nous ne supprimons pas l'appréciation du juge, mais nous l'enfermons dans un cercle où elle peut aisément se mouvoir. Nous le dispensons de l'examen des questions techniques à l'occasion desquelles il peut si facilement se tromper ou se laisser induire en erreur, pour peu que les circonstances soient obscures ou compliquées. Le juge examinera l'accident d'après sa nature et son intensité objectives. C'est aux résultats de cette étude qu'il s'en rapportera pour dire si l'accident constitue un cas fortuit ordinaire ou majeur.

4. Retour aux anciens principes expliqués plus scientifiquement. — Nous retournons ainsi au point de départ de l'ancienne doctrine et nous faisons revivre la responsabilité du préteur, limitée par l'exception telle qu'elle se présente

dans les sources classiques. Nous montrerons en effet que, dans notre théorie, les cas de force majeure sont presque uniquement les événements produits par les éléments ou le fait de l'ennemi. Seulement nous avons trouvé un principe là où l'ancienne doctrine n'avait que des exemples et se bornait à généraliser des règles dont elle ne connaissait pas ou ne recherchait pas le fondement.

Il y aura pour nous, dans ce résultat, plus que la platonique satisfaction d'un besoin théorique. Nous en tirerons des avantages pratiques de deux ordres. D'abord, notre principe nous conduira à une bonne détermination des événements que, par un sentiment vague, on avait appelé événements produits par les éléments. Maintenant, en effet, que nous savons pour quel motif on a donné une efficacité juridique spéciale aux accidents de cette nature, nous avons le moyen de reconnaître aisément si un événement déterminé est produit par les éléments, dans le sens spécial qui nous occupe. Car il est bien entendu que cette signification particulière doit être envisagée au point de vue du droit et non de l'histoire naturelle.

Pour bien comprendre le deuxième des résultats que nous avons obtenus, il faut remarquer que l'étude historique de notre doctrine nous a montré comment, à une époque rationnelle comme la nôtre, la pratique peut laisser disparaître un bon principe lorsque les raisons qui l'ont fait établir ne sont plus clairement connues. Jamais notre principe n'aurait été mis de côté en Allemagne si on avait eu une bonne réponse à faire aux objections logiques élevées contre lui. Une fois qu'il aura accepté les considérations que nous avons présentées sur la raison d'être de la loi, aucun jurisconsulte ne se laissera égarer

par les critiques que Goldschmidt et ses successeurs adressent à l'ancienne doctrine. En vain nous reproche-t-on d'aller chercher la faute dans une circonstance extérieure au responsable. Nous répondons que nous ne cherchons pas à résoudre la question de faute d'une façon perfectionnée, mais bien à l'éliminer. L'injustice matérielle qui se rencontre dans notre doctrine considérée au point de vue de nos adversaires se trouvera, dans le plus grand nombre des cas, la sauvegarde du droit. Nous déterminons la force majeure au moyen de *calibres absolus*. Mais c'est ce que fait toujours le droit positif, à la différence de l'équité. En présence des complications qui sont de la nature de certains événements, l'appréciation du juge reste sans base. Les *calibres* sont les vrais signes du droit positif et constituent un bienfait pour le grand commerce qu'ils empêchent de sombrer dans l'équité sans fond.

CHAPITRE DIXIÈME.

Caractère extérieur de la force majeure.

1. La force majeure suppose un accident de provenance extérieure. — 2. Le caractère extérieur de l'accident est indifférent dans la doctrine dominante. — 3. Recherche des limites du cercle d'action de l'entreprise. — 4. Le caractère extérieur d'après l'ancienne doctrine allemande.

1. *La force majeure suppose un accident de provenance extérieure.* — La tâche qui nous reste à accomplir consiste à rechercher les caractères distinctifs de la force majeure, en conformité de notre principe. Ils sont au nombre de deux, dont la réunion constitue l'accident de force majeure ; l'un est qualificatif, l'autre quantitatif.

Le plus grand nombre des accidents qui surviennent en cours de transport ont pour cause un fait qui s'est produit à l'intérieur de l'entreprise. Cette circonstance suffit à leur retirer le caractère de force majeure. Du moment que le juge a reconnu que l'accident a une cause survenue à l'intérieur de l'entreprise, il est impossible que le *recipiens* apporte cette preuve évidente qui exclut, de prime abord, le soupçon de la faute. Nous nous trouvons face à face avec cette difficulté de preuve dont nous avons tant parlé. C'est le cas d'appliquer la règle et non l'exception. Tout ce que le défendeur pourrait alléguer pour sa justification serait sans effet. Il n'y a pas force majeure parce que les acci-

dents survenus dans l'intérieur de l'entreprise ne sont jamais d'une absolue clarté.

Voilà la première conséquence de notre principe établie. L'un des caractères de la force majeure sera la *provenance extérieure*.

2. *Le caractère extérieur de l'accident est indifférent dans la doctrine dominante.* — Ici une explication est nécessaire. Plusieurs partisans de la doctrine dominante parlent du *cas extérieur*. Mais cette expression n'a pas, sous leur plume, le même sens que dans notre doctrine, sauf chez ceux d'entre eux qui ont conservé un écho de l'ancienne doctrine peu en harmonie avec leur système (1).

Pour rendre la différence sensible, prenons le cas où une marchandise est détruite dans l'incendie d'un magasin que nous supposons, bien entendu, appartenir à l'entrepreneur. La doctrine dominante n'y voit un accident intérieur que s'il survient par inflammation spontanée de la

(1) Goldschmidt, Randa et Grünhut ne parlent pas de la provenance extérieure; Dernburg, page 69, l'écarte expressément. Ils sont dans la vérité de leur point de vue. Dans l'opinion qui fait dépendre la solution de l'examen du cas particulier en y appliquant la règle de la diligence extrême, un criterium extérieur n'aurait d'autre effet que de gêner le juge sans lui donner un moyen de décision. Hahn (*Comm.*, II, 436, 437), semble d'un autre avis quand il définit la force majeure par les *événements extérieurs*. Mais il entend simplement exclure par là le vice propre de la marchandise. En effet, il admet comme constituant une force majeure le dommage causé par d'autres marchandises, par exemple par le coulage de liquides chargés dans le même bateau. Eger (pages 242, 243), va plus loin quand il appelle *cas intérieurs* tous les dommages causés par le transporteur, son personnel et son matériel. Dans ce cas la responsabilité est, d'après lui, absolue et ne peut jamais être écartée. Cet écrivain introduit ainsi un caractère *objectif* dans la détermination de la force majeure. Seulement, il s'arrête en route et, dans cette voie, il s'écarte des principes de la doctrine dominante à laquelle il a fait adhésion.

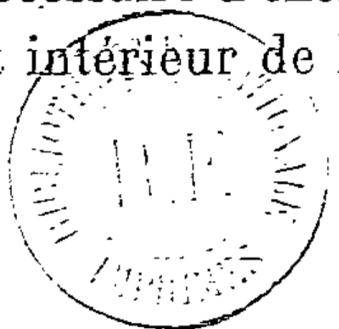
marchandise ou par vice de fonctionnement du matériel. L'incendie est donc en général un cas extérieur. Constitue-t-il une force majeure? Cela dépend, pour les partisans de cette opinion, de la question de savoir s'il pouvait être évité par une *diligence extraordinaire*.

Eger (p. 250) dit en termes formels : *L'expression venant de l'extérieur ne doit pas ici s'entendre dans un sens propre. La force majeure peut très bien avoir son point de départ dans l'intérieur du magasin. Une marchandise, faussement déclarée, fait explosion dans l'intérieur d'une voiture et détériore d'autres marchandises. C'est un cas de force majeure.*

Hahn qui, pourtant, ne trouve la force majeure que dans un accident extérieur, reconnaît ce caractère au dommage causé dans une voiture, un bateau, un magasin par l'explosion, le coulage, l'évaporation, la pourriture d'autres marchandises qui s'y trouvent (*Comm.*, II, p. 438).

Nous entendons la provenance extérieure d'une façon toute différente. Dès qu'il est constant que le dommage s'est produit à l'intérieur du magasin, nous ne demandons plus comment il est arrivé, moins encore s'il était inévitable. Il ne peut constituer la force majeure. Si donc c'est un incendie, nous recherchons seulement si le feu vient de l'extérieur ou de l'intérieur. Ce n'est que dans le dernier cas qu'il y aura lieu de poser la question de la force majeure.

Il est donc clair qu'il n'y a aucune force majeure dans tous les exemples ci-dessus cités, où la cause est issue de l'intérieur de l'entreprise. Ainsi le veut notre principe aux termes duquel il est nécessaire d'exclure toute appréciation sur le fonctionnement intérieur de l'entreprise, un pareil



travail supposant nécessairement l'examen de la question de faute.

Nous n'admettons pas le transporteur à prouver que la détérioration est survenue par le fait de marchandises confiées par des tiers sans qu'il y ait faute de sa part. La langue elle-même se refuse à considérer comme force majeure le travail des vers dans une peau.

Sans doute, pour aller au bout de notre principe, nous devons dire que l'explosion d'une marchandise faussement déclarée ne constitue pas la force majeure. Cela peut être injuste et on trouvera peut-être d'autres cas où se rencontrera la même iniquité. Mais peu importe; cela prouve seulement qu'il n'est pas de règle qui, dans l'application, ne conduise à certaines solutions que l'on n'accepterait pas s'il était possible et bon de faire une loi pour chaque cas particulier.

Les conséquences, parfois rigoureuses de notre règle, se comprennent d'autant mieux que, sinon dans son idée première du moins dans ses effets, elle fait du transporteur un assureur. Le batelier allemand, comme le batelier romain, anglais ou français doit savoir qu'il supporte le risque de la chose et qu'il est une sorte d'assureur, garant de la perte des objets (1).

(1) Nous en avons assez dit pour que l'on puisse constater combien une jurisprudence basée sur ces principes s'éloignerait de la jurisprudence allemande. Elle n'irait pas aussi loin que la jurisprudence anglo-américaine (comp. page 39, note 1, *in fine*, Wharton). Si l'on examine les cas cités par Eger, Hahn (II, p. 436) et les arrêts allemands rapportés par Eger, *Droit commercial allemand*, on reconnaîtra que dans la plupart des cas où les tribunaux allemands admettent l'exception de la force majeure, nous aurions donné une solution contraire, parce que le cas invoqué était *intérieur* dans notre sens.

3. *Recherche des limites du cercle d'action de l'entreprise.*

— Étant donnée l'importance que nous attachons à la distinction entre les causes de dommage venant de l'intérieur et celles dont la provenance est extérieure, il y a lieu de rechercher jusqu'où s'étend le cercle d'exploitation de l'entreprise.

On pourra dire, en général, qu'il se confond avec le cercle de ses moyens d'action dans le sens le plus large du mot. Il comprend donc tous les locaux, tous les objets en usage dans l'entreprise en y ajoutant, au cas échéant, les sous-entreprises. Il faut y faire rentrer le personnel de l'entreprise, ainsi que les machines ou les bêtes de somme, avec cette différence que l'homme, étant libre, ne peut être regardé comme l'instrument de l'entreprise que pendant le temps où il est en fonctions.

L'employé en congé, le mécanicien au repos, le matelot à terre ne font pas partie de l'organisation active de l'entreprise. Mais, en service, ils sont, dans notre sens, des rouages de la machine.

Cette constatation n'a pas pour conséquence de rendre l'entrepreneur responsable des fautes de son personnel : une telle responsabilité existe en dehors de la théorie de la force majeure. Son effet est de donner à tout accident qui a sa cause dans le fait du personnel le caractère d'un accident intérieur et, par conséquent, d'exclure l'idée de force majeure.

Je suppose un accident de chemin de fer occasionné par l'explosion d'une locomotive. La compagnie ne sera pas autorisée à prouver que le levier brisé ou la chaudière qui a fait explosion avaient été éprouvés conformément aux règles de l'art et étaient bien entretenus, en sorte que

l'accident ne s'explique que par un vice tout à fait impossible à prévoir et à éviter. On ne l'admettra pas davantage à établir qu'une faiblesse soudaine de l'aiguilleur ou du préposé aux signaux a mis cet employé hors d'état de faire son service et que l'accident est arrivé trop inopinément pour qu'on pût le remplacer. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il y a un cas intérieur dont le défendeur doit supporter le risque.

Cette conséquence nécessaire peut paraître rigoureuse. Il en est ainsi dans le cas célèbre où le mécanicien est frappé d'une attaque d'apoplexie et où la machine, sans guide, tombe dans l'abîme. Ici le sentiment commun sera contraire à notre solution parce que le *doigt de Dieu* semble se rencontrer dans l'accident et que l'*attaque* est une force. On dira aussi que jamais le caractère casuel de l'accident n'a été plus évident et que notre propre principe est contraire à notre solution.

Cette dernière observation n'est point exacte. L'apoplexie est évidemment un malheur fortuit pour le mort et pour sa famille. Mais il n'est pas évident que, si la locomotive est demeurée sans guide, il n'y a eu aucune faute de l'entreprise. Peut-être n'était-ce pas la première attaque de cet homme, peut-être s'était-il produit des signes précurseurs que l'on a dissimulés par fraude ou dont les supérieurs avaient négligé de tenir compte, au lieu de changer immédiatement cet homme de fonction. Peut-être aurait-on dû observer que son âge, sa constitution, son genre de vie l'exposaient particulièrement à de tels accidents. On ne devait donc pas lui laisser faire ce service ou au moins il fallait lui donner un auxiliaire. Toutes ces questions ne peuvent être, de prime abord, résolues négativement par

le médecin légiste et la pensée fondamentale de notre théorie empêche d'en faire l'objet d'un débat. Ces questions ne pourraient se soulever (et c'est là l'essentiel) si la mort du mécanicien avait été causée par l'éclair, l'ouragan ou une balle ennemie.

Enfin qu'est-ce qu'une attaque? Pour la médecine, c'est quelque chose d'indéfinissable qui amène la mort ou la paralysie par des modifications internes très diverses, dont quelques-unes ne peuvent être constatées. Ces phénomènes se produisent par suite d'une faute ou par suite d'une cause d'autre nature. Il n'y a pas de limite précise entre l'attaque et les autres troubles fonctionnels au point de vue médical, encore moins au point de vue juridique. Si donc, entraîné par l'idée populaire de *l'ictus divinus*, on veut reconnaître à l'apoplexie le caractère de force majeure, il en faut dire autant de tous les accidents physiques survenus sans faute et qui ont causé, dans le service, le manquement dont le dommage a été la conséquence. Un homme peut s'enivrer sans qu'il y ait de sa faute. Il faudra admettre la preuve sur ce point si on veut entrer dans les questions de faute.

Nous en restons donc à cette idée : l'employé est un instrument de l'entreprise. Tout accident le concernant, dont la cause est intérieure, est au risque de l'entreprise.

La folie soudaine d'un serviteur qui fait dommage à l'hôte ne peut donc, comme le dit Dernburg, être une force majeure. Il est plus raisonnable de dire que l'aubergiste qui a à son service un domestique doit subir un risque de cette nature, qu'il le connaisse ou non, bien plutôt que ses hôtes. Il réparera le préjudice en vertu du principe qui l'oblige à payer la malle brisée par son cheval qui

s'emporte à l'improviste ou la montre qu'un toit écrase en tombant sans qu'on l'admette à prouver que le cheval était tranquille antérieurement ou que les poutres du toit ne portaient aucune trace de leur pourriture intérieure.

Il en est de même au cas de mutinerie des ouvriers de l'entrepreneur. C'est là un événement intérieur; donc point de force majeure. Si un nombre plus ou moins grand des ouvriers refusent le service, dans un cas où le *receptum* est applicable, il est juste que l'entrepreneur réponde du dommage causé. On peut assimiler cette responsabilité à celle du voiturier dont les chevaux indociles ont renversé la charge. La question de savoir si, comme dit Dernburg, *une bonne direction aurait pu éviter l'accident* est sans importance.

Il en serait autrement, et il y aurait force majeure, si la cessation du travail avait pour cause une brusque mobilisation ou une révolution. On trouve dans ces circonstances et la provenance extérieure que nous exigeons tout d'abord et la circonstance quantitative dont nous parlerons plus loin. Ce cas et d'autres semblables prouvent qu'il n'y a pas que les événements produits par les éléments ou le fait de l'ennemi qui rentrent dans notre conception de la force majeure, bien que la plupart du temps ce soit à l'un ou l'autre de ces caractères que se reconnaisse la force majeure.

4. *Le caractère extérieur d'après l'ancienne doctrine allemande.* — Le criterium de l'origine extérieure du *damnum fatale*, que les partisans de la doctrine dominante ou bien repoussent par une application logique de leurs principes ou bien admettent avec quelque ambiguïté, n'a pas été formulé par les partisans de l'ancienne doctrine que

nous reprenons dans sa substance. Mais il a existé à l'état inconscient chez eux. Ceci se voit par l'exemple du feu à propos duquel on fait toujours observer qu'il doit avoir été causé par la foudre ou communiqué par la maison voisine pour constituer la force majeure (Leyser, I, p. 75). Le feu qui a pris dans l'auberge ne peut être ainsi qualifié (Gluck, VI, page 120).

Le premier, Puchta fait du caractère extérieur un élément spécifique lorsque, sans s'occuper plus amplement de définir la notion, il parle d'une force majeure venant du dehors (*Pandectes*, § 314). Holzschuher (*Théorie et application*, III, p. 832) en donne cette incomplète définition : « *Le recipiens doit répondre du cas fortuit, mais point de celui qui est tout à fait inévitable, point de celui causé par une force venant de l'extérieur (vis major).* » Il semble donc que la provenance extérieure était considérée comme le seul criterium de l'inévitable. Sans doute, sous ces expressions, employées d'une façon plus ou moins consciente, reposait le sentiment de cette vérité que la force majeure ne peut être reconnue que si elle vient du dehors. *Vis autem est majoris rei impetus, ... necessitas imposita* (L. 1, 2, D. *Quod metus*, 4, 2).

La langue ne permet pas de trouver un *impetus* dans la détérioration spontanée d'un organe qui dérange un mécanisme. La pierre qu'on me jette sur la tête est une *force*, d'où qu'elle vienne. Le spasme du cœur, le faux pas qui me fait tomber sont des *cas fortuits*, non des forces. L'ensemble des activités qui coopèrent à une entreprise se présente vis-à-vis du public comme une unité. On peut les considérer sous cet aspect au point de vue du droit. Les accidents qui se produisent à l'intérieur de ce corps ne

sont donc pas une force. Cette réflexion affirme les résultats de notre thèse. Mais c'est d'une idée juridique et non point des considérations du langage que nous les déduisons.

La force majeure est donc avant tout un événement qui vient tomber dans le cercle de l'entreprise.

Comme toute force ne peut être majeure, il faut maintenant que nous recherchions quelles sont les forces qui sont forces majeures. C'est l'ordre d'idées qui va nous occuper.

CHAPITRE ONZIÈME.

La force majeure résulte d'un événement important
et notoire.

1. Garanties que doit présenter au juge l'événement qualifié force majeure. — 2. Ces garanties se rencontrent dans les accidents provenant des éléments ou du fait de l'ennemi. — 3. L'événement allégué doit être important et notoire.

1. *Garanties que doit présenter au juge l'événement qualifié force majeure.* — Pour résoudre notre deuxième point d'une façon conforme à notre principe fondamental, il faut d'abord répondre à cette question : de quelle nature doit être l'événement extérieur pour rendre l'hypothèse d'une faute du *recipiens* très invraisemblable et apparaître, par conséquent, de prime abord, comme libératoire? Nous savons que l'inégalité de situation entre les deux parties doit nous mettre en défiance contre la preuve que le défendeur offre de faire d'un cas fortuit qu'il prétend inévitable.

Le juge, en présence de cette offre de preuve, aura une double préoccupation. Il se demandera d'abord si les faits allégués ne sont pas faux ou assez falsifiés pour l'induire à accepter comme vraie une cause plus ou moins éloignée de la cause véritable. A un autre point de vue, il voudra savoir si l'influence extérieure qui semble avoir causé le

dommage était inévitable. N'y a-t-il pas eu faute à ne pas employer les moyens qui auraient prévenu le sinistre? Sous ces deux rapports, il nous faudra des garanties dans la nature de l'événement allégué.

2. *Ces garanties se rencontrent dans les accidents provenant des éléments ou du fait de l'ennemi.* — Nous trouvons ces garanties dans le cas d'événements extraordinaires causés par les éléments et aussi dans l'attaque de l'ennemi. Examinons de plus près en quoi elles consistent pour arriver à une formule générale.

Supposons qu'un batelier explique ainsi la perte ou la détérioration de la marchandise : le colis a été volé, avec ou sans violence, dans le port, par un étranger qui s'est introduit la nuit, subrepticement, malgré une garde très vigilante; ou bien il est tombé dans la mer ou a été broyé dans un abordage qui s'est produit sans qu'il y ait eu aucune faute. S'il s'agit de l'administration d'un chemin de fer, elle déclare que la marchandise a été détériorée par la balle qu'un chasseur a tirée de la campagne, qu'un brigand a pillé la voiture dans laquelle il avait sauté, que le déraillement a été occasionné par des bestiaux qui s'étaient couchés sur la voie ou par des paysans ivres qui ont déplacé une aiguille. Tout cela, dit la compagnie, constituait des accidents inévitables; car il y avait telle ou telle raison qui a empêché d'apercevoir ou de supprimer en temps utile la cause du sinistre. Voici des allégations contre lesquelles la preuve sera difficile à faire et cependant on a le sentiment qu'il subsiste quelque obscurité dans la cause. Le juge restera en méfiance, pour les deux raisons que nous avons indiquées.

Au contraire, le batelier expose que le port a été bom-

bardé par la flotte ennemie ; une grande partie des bateaux de commerce ont été incendiés, parmi lesquels le sien ; la marchandise a péri. Le chemin de fer allègue que c'est le tremblement de terre par lequel toute la contrée a été ravagée qui a déterminé un éboulement et fait dérailler le train. Ou bien c'est le tonnerre, tombé tel jour sur le village, qui a mis le feu à la gare et au magasin dans lequel la marchandise était déposée.

Dans tous ces cas, la nature même de l'événement ne permet pas de soupçonner qu'il ait été inventé. Tout le monde sait que le port a été bombardé. Il est aisé de constater que le navire y était à l'ancre ce jour-là et a en effet été brûlé. Du moins, le contrôle sera possible au moyen des renseignements que donneront les autorités ou des particuliers qui ne sont pas au service du batelier. De même une tempête, avec son accompagnement de tonnerre, d'éclairs et d'incendie, ne peut guère être une pure fiction. En outre, il est vraisemblable que toutes les précautions auraient été sans effet contre de semblables événements et que, par conséquent, il n'y a pas eu de faute.

3. *L'événement allégué doit être important et notoire.* — Ce qui, dans ces événements, constitue la garantie dont nous avons besoin, c'est, d'une part, la notoriété qui s'attache à eux, d'autre part la violence insurmontable de leurs manifestations. La première de ces circonstances atteste la réalité du fait allégué ; l'autre, l'impossibilité d'échapper à ses conséquences.

Il n'y a, à aucun des deux points de vue, une absolue certitude. Mais la vraisemblance est telle que la répugnance du législateur contre la preuve à décharge fléchit,

On peut donc, par exception, autoriser le défendeur à faire cette preuve (1).

Les deux raisons que nous avons développées dans ce chapitre nous amènent à la détermination de l'élément *quantitatif* de l'accident qui peut être qualifié de force majeure. Un événement important est notoire parce qu'il est vu de loin et par beaucoup de personnes. Il exclut généralement l'idée de faute parce que l'intelligence et la force humaine ont leurs limites naturelles.

Tout n'est pas fini par cette constatation. Quelle doit être l'importance de l'événement extérieur, bien entendu, qui va être appelé force majeure? Avec quel instrument allons-nous mesurer cette importance?

(1) Bluntschli, se ralliant à l'ancienne doctrine, dit avec raison : *Dans les cas de force majeure, tels qu'événements naturels, attaque de l'ennemi, la résistance est évidemment impossible au particulier. Cette distinction tranche la question de preuve d'une façon objective et sûre qui convient à merveille au droit commercial (Droit privé allemand, § 116, page 20). Au contraire, Goldschmidt s'exprime ainsi (Revue du droit commercial, III, page 87) : Le point de savoir si un événement est inévitable normalement ou s'il ne l'est qu'à raison de circonstances exceptionnelles peut faire une différence sous le rapport de la preuve, mais non sous celui du fond du droit. Pourquoi non? si le législateur l'a voulu et s'il a été nécessaire qu'il le voulût pour atteindre son but.*

CHAPITRE DOUZIÈME.

Quel degré d'importance doit avoir l'événement
de force majeure.

1. La force majeure suppose un événement d'une importance supérieure à ceux que l'on rencontre dans le cours ordinaire de la vie. — 2. Caractère juridique de cette définition. — 3. Le criterium ainsi proposé est objectif. — 4. Exemples de cas de force majeure. — 5. Différence pratique entre les conséquences de cette théorie et celles de la doctrine dominante.

1. *La force majeure suppose un événement d'une importance supérieure à ceux que l'on rencontre dans le cours ordinaire de la vie.* — Nous en avons assez dit pour que l'on comprenne que la mesure cherchée ne peut se trouver dans le rapport entre l'événement et les moyens dont dispose l'entreprise pour l'éviter. La force majeure ne peut pas non plus être une force plus forte que celui qu'elle atteint, à supposer qu'il existe un moyen pour faire des constatations de cette nature. Ce n'est pas davantage une force plus considérable que la plus grande force humaine et à laquelle on ne pourrait résister, même au moyen d'une extrême diligence.

Toutes ces définitions nous feraient retomber dans la question de faute; or, la force majeure a été introduite dans le droit pour éviter l'examen de cette question et, aussi, pour prémunir le juge contre le danger, auquel il

est exposé, d'accueillir des faits erronés dans certains cas où il n'y a pas à supposer la faute. Tel est, par exemple, le cas où l'accident a été causé par un coup de feu tiré sur le train. C'est là un accident inévitable; mais encore faut-il que la cause en soit établie. Nous devons donc chercher une mesure qui exclue de la notion de la force majeure tous les cas où il est possible de soupçonner que l'on a dissimulé une faute ou travesti les faits. Cette mesure devra se déterminer d'après des circonstances objectives, prises en dehors des particularités de l'espèce.

Une distinction se présente tout naturellement à l'esprit entre les cas qui se rencontrent dans le cours ordinaire de la vie et des affaires et ceux qui ont un caractère extraordinaire, qui sortent évidemment du cadre de l'habituel. Cette distinction ne peut se faire à l'aide de moyens matériels, comme par une échelle barométrique. Elle est cependant familière à l'esprit de tout homme pratique et le juge ne peut s'en passer.

L'homme d'affaires sait bien que, dans le cours d'une longue gestion, il y a de bons et de mauvais instants, des incidents favorables, d'autres défavorables. Cultivateur, il n'ignore pas que le mauvais temps, la maladie des bœufs, l'infidélité des serviteurs, les vols commis par des étrangers, l'insolvabilité des débiteurs, etc..., peuvent mettre quelque trouble dans ses affaires. Mais, dans une exploitation bien gérée, on doit tenir compte par avance de ces événements, parce qu'ils font partie du cours régulier des choses et ont leur place dans les prévisions, comme des facteurs normaux.

Au contraire, si une guerre dévaste le bien d'un propriétaire ou lui retire tout d'un coup l'écoulement de ses

produits, si une inondation se produit, plus grave que celles habituelles, si une épizootie générale lui fait perdre ses bestiaux ou si l'éclair incendie sa maison, le cas est tout différent. C'est la main du destin (*damnum fatale*) qui le frappe (a).

2. *Caractère juridique de cette définition.* — Pour prouver qu'il y a là une distinction essentiellement juridique, qui trouve sa place même dans d'autres matières et qui s'impose au juge pour la solution des cas douteux, il nous suffit de nous référer au contrat de bail.

Les sources distinguent entre les cas fortuits que le locataire doit supporter et ceux qui sont à la charge du bailleur. Pour les derniers, les juriconsultes romains emploient l'expression de *vis major*. *La force majeure*, dit Gaius, loi 25, § 6, D. *locati*, ne doit pas être à la charge du locataire. Ulpien, entrant dans plus de détail, énumère la tempête, l'inondation, l'incendie, les incursions de l'ennemi, le tremblement de terre, la maladie des fruits, si elle a pour cause une chaleur solaire *exceptionnelle*. Il ne considère pas, au contraire, comme des cas de force majeure la perte de la moisson étouffée par de mauvaises herbes ou les larcins commis par des armées de passage. Il résume sa théorie en disant que le fermier supporte tout ce qui n'est pas extraordinaire (L. 15, § 2, Dig., *eod.*) (1).

(1) Columelle (1,7), à propos de la culture, donne une signification identique à la *vis major* provenant du ciel ou du fait des voleurs. De même Pline, *Hist. natur*, 18, 28, 69. C'est ce qu'indique aussi le Code civil autrichien, § 1104 : *Si l'usage ou l'emploi de la chose louée est rendu impossible par des cas extraordinaires, tels que incendie, guerre, épidémie, grande inondation, grêle, absence totale de récolte, le fermage ne doit pas être payé.*

(a) Note du Traducteur. — La concordance entre la théorie de

Les accidents extraordinaires attirent le regard de l'homme. En interrompant le cours ordinaire des choses, ils provoquent chez ceux-là même qu'ils n'atteignent pas l'intérêt et la peur. Ils se gravent dans la mémoire de beaucoup de personnes et chacune d'elles en pourra relater l'époque et les circonstances. Il est donc presque impossible qu'un événement semblable soit inventé ou travesti par le défendeur au procès. Le demandeur aura, du moins, le moyen de le réfuter par la preuve contraire.

L'extraordinaire, dans le sens où nous l'entendons, est en même temps l'inévitable, *casus cui resisti non potest*. La prudence et les précautions que nous employons pour nous protéger, nous et les autres, contre les événements dommageables se mesurent en ayant égard aux événements normaux de la vie. Il faut donc laisser de côté les événements extraordinaires. Il peut exister des ressources contre l'inouï et le monstrueux. Mais on ne les aura généralement pas sous la main et celui qui ne les aura point employées n'encourt aucun reproche. Il est donc, sinon certain, du moins très vraisemblable qu'il n'y a pas de faute et cela suffit.

3. *Le criterium ainsi proposé est objectif.* — Le second caractère de la notion de la force majeure, avec la signification que nous lui donnons, n'est pas moins que le premier objectif. Il ne s'agit pas de savoir si l'accident en question pouvait être évité d'après les forces dont l'entreprise disposait ou devait disposer, ni s'il devait, normalement, être évité par une entreprise de cette espèce. Il ne

M. Esner et la distinction que l'art. 1773 de notre code civil fait entre les cas fortuits ordinaires et les cas fortuits extraordinaires est manifeste.

s'agit même pas de savoir si l'accident était inévitable. Certains cas fortuits ordinaires peuvent avoir ce caractère; certains cas de force majeure peuvent ne pas l'avoir. Généralement, le cas de force majeure est inévitable; mais il n'y a là qu'une conséquence ordinaire et non pas nécessaire des éléments spécifiques de la force majeure.

Nous demandons que le juge, pour admettre la force majeure, constate que le cas invoqué par le défendeur présente un caractère d'intensité qui dépasse manifestement ce que l'on doit prévoir dans le cours ordinaire de la vie.

Cette question porte avec elle sa réponse affirmative dans la plupart des véritables cas de force majeure. Elle peut toujours se résoudre d'après les apparences extérieures du cas, sans l'examen approfondi de ses particularités. Elle laisse une place, mais une place restreinte, à l'appréciation du juge.

La question à résoudre sera celle-ci : l'accident est-il extraordinaire dans le sens où nous l'entendons, c'est-à-dire, est-ce que personne, dans le courant ordinaire des choses moyennes, ne s'y serait attendu et ne se serait prémuni contre lui? Le juge trouvera la réponse dans sa propre expérience. Il n'aura besoin de recourir à des hommes techniques que dans le cas où il ignorerait absolument les circonstances spéciales au pays où l'accident se sera passé. C'est là un cas exceptionnel.

Tout le monde sait que le ramollissement des rues par les tempêtes de l'été, la neige et la gelée en hiver, le débordement des fleuves et des ruisseaux au printemps sont des événements ordinaires. Les vols, les effractions, les agressions sur les grandes routes, les actes malicieux

ou irréfléchis par lesquels des malfaiteurs, des fous, des ivrognes, des enfants causent un dommage au bien d'autrui rentrent dans le cadre des événements auxquels toute entreprise est normalement exposée.

4. *Exemples de cas de force majeure.* — Il se rencontre au contraire certains événements qui font pour ainsi dire irruption dans le cours normal de la vie. On les a, de toute antiquité, considéré comme des manifestations immédiates de la puissance divine. Le caractère de grandeur que nous recherchons se rencontre incontestablement dans ces événements. C'est eux qu'il faut aller chercher pour trouver l'origine de notre notion, à laquelle ils ont donné son nom.

Si l'on considère les événements causés par les éléments, il ne sera point difficile de distinguer ceux qui présentent ce caractère d'une force majeure de ceux que la force ordinaire de la nature suscite dans le cours régulier de la vie. Ainsi sera-t-il d'un éboulement subit ou d'un tremblement de terre, par opposition avec les affaissements ou les affouillements de tous les jours causés, par la température ou le travail des eaux; ou encore des ouragans, des cyclones, des inondations exceptionnelles que des coïncidences extraordinaires peuvent seules produire tandis qu'il existe, chaque année, des crues d'un caractère normal. Voilà de véritables cas de force majeure.

La tempête et le tonnerre sont des événements habituels. Mais si le tonnerre tombe sur nous, si la tempête fait couler le navire à fond ou précipite le train au bas du remblai, nous nous trouvons en présence des effets extraordinaires d'un événement naturel, inoffensif d'habitude. C'est la force majeure. J'en dirai autant de l'éruption

d'un volcan, tandis que le dommage causé par la fumée qui en sort tous les jours ne constitue pas la force majeure.

Le vol et les autres attentats contre la propriété ne sont pas force majeure puisque, comme nous l'avons dit, ils font partie du cours ordinaire de la vie. Il en est autrement s'il s'est organisé des bandes de malfaiteurs ou de pirates dont le nombre et la force répandent au loin la terreur et paralysent le fonctionnement du commerce. L'attaque de ces bandes doit être assimilée à la force des éléments. C'est un accident d'une grandeur extraordinaire. Les conditions normales de la vie sont telles que chacun doit faire entrer dans ses prévisions l'éventualité de l'acte nuisible d'un particulier ou de quelques individus, mais non l'irrésistible agression de masses organisées.

Cette mesure à la main, le juge ne se laissera pas embarrasser par cette question de sophiste : quel doit être le nombre des voleurs pour que leur attaque constitue une véritable force majeure? Une telle difficulté sera aisément résolue par toute personne en état de distinguer un ouragan du vent, un hercule d'un homme ordinaire.

Si des souris se sont glissées dans les magasins d'une gare et y ont dévoré des grains, un tel accident ne constitue pas la force majeure, même s'il était inévitable. Mais on connaît des exemples de l'envahissement et de la dévastation de contrées entières par des animaux de cette sorte. Leur apparition a été signalée par les chroniques du temps comme une calamité publique de premier ordre. Il y a, dans ce cas, force majeure. Les souris, les mulots, les sauterelles peuvent être considérés comme une force des éléments. Nous ne trouvons point de raison pour distinguer les effets juridiques de leur invasion des dévastations imputables à une armée

ennemie qui sont considérées par tout le monde et par nous-même comme une force majeure.

J'en dirai autant d'une révolution, pourvu qu'elle ait quelque intensité ou quelque étendue et des dommages causés, pendant la guerre, par l'armée nationale, tels que la destruction inopinée d'un pont de chemin de fer, ou la perte d'un navire marchand que l'on fait couler pour fermer un port, etc.

En temps de paix, un acte extraordinaire de la puissance publique, que l'on appelle en France *le fait du prince*, peut constituer une force majeure. Je cite, entre autres, le cas où, pendant une épidémie de peste, on arrêterait des trains ou on détruirait des marchandises, la démolition d'une construction, non encore atteinte par le feu, que l'on jette par terre pour arrêter l'incendie.

J'en ai assez dit pour montrer, par des exemples, comment nous entendons les caractères essentiels de la force majeure. On voit que le juge ne trouvera pas, dans l'application, de grandes difficultés à les reconnaître.

5. *Différence pratique entre les conséquences de cette théorie et celles de la doctrine dominante.* — L'empire de la force majeure est sensiblement plus étroit dans notre système que dans celui de la doctrine dominante. Ainsi, nous excluons tous les faits qui sont la conséquence de l'action normale des éléments. La pluie, la rosée, le froid de l'hiver ne sont jamais des forces majeures. Il n'y a, par conséquent, pas lieu de rechercher si on pouvait les éviter (En sens contraire, l'arrêt de la Cour suprême commerciale, du 13 janvier 1874, *Recueil*, vol. XII, p. 107). Les obstacles à la navigation dans un fleuve, tels que tourbillons, barrages ne sont pas des forces majeures, mais un danger habi-

tuel auquel sont exposés tous ceux qui se servent de la voie fluviale (En sens contraire, arrêt de la Cour suprême du 4 février 1873, vol. VIII, p. 159). J'en dirai autant des accidents de chemin de fer causés par un objet que la malveillance aurait posé sur la voie, par le déplacement des croisements qu'un fou ou un enfant aurait enlevés. Nous n'avons donc pas à rechercher *si la vérification réglementaire des rails par l'employé avait été omise* (En sens contraire, Eger, p. 250). Dans un cas récent où un enfant, sautant entre les rails, avait déterminé un accident, la Cour suprême paraît avoir réagi contre l'opinion dominante. Les tribunaux inférieurs avaient admis la force majeure parce que l'accident n'aurait pu être évité, même par l'emploi de toute la diligence possible. La Cour a repoussé cette thèse par ce motif que *la force majeure, à la différence du cas fortuit, suppose un événement extérieur causé par les éléments ou par des forces humaines, l'acte de tiers* (Arrêt du 2 déc. 1879, *Annales de Blum*, I, § 197). Cette décision est contraire à la doctrine dominante. Mais il a paru impossible de considérer les jeux d'un enfant comme une force majeure.

La différence des points de vue apparaît spécialement au cas de vol. D'après la doctrine dominante, il faut rechercher, dans cette hypothèse comme dans les autres, si, d'après les circonstances, on pouvait empêcher le vol en prenant les précautions nécessaires en l'espèce (Eger, p. 252 et les citations). D'autres distinguent, suivant que le vol a été commis avec violence ou effraction, ou qu'il a eu lieu par ruse. La responsabilité n'est absolue que dans ce dernier cas (Kräwel, *Archives de Busch*, III, p. 425). Eger fait remarquer qu'il y a des ruses que l'on ne peut éviter. La supériorité intellectuelle du voleur serait alors une force majeure.

Nous voilà bien loin de notre notion de la force majeure et des règles romaines du *receptum*. Les Romains, en effet, donnaient l'action de vol au batelier parce que, étant absolument responsable, c'est lui qui était le volé. *Ils ont l'action furti parce qu'ils ont la responsabilité de la chose* (L. 14, § 17, *De furto*, 47, 2). On ne dit point que cette responsabilité dépendît du plus ou moins d'astuce du voleur.

CHAPITRE TREIZIÈME.

Du cas de coexistence de la faute et de la force majeure.

1. Au cas de coexistence de la faute et de la force majeure, le *recipiens* est responsable pour la faute. — 2. Le critère de la force majeure demeure objectif même dans ce cas.

1. *Au cas de coexistence de la faute et de la force majeure, le recipiens est responsable pour la faute.* — Nous avons déjà fait observer que la force majeure n'exclut pas, d'une façon absolue, l'idée d'un accident qui pouvait être évité. Il peut donc y avoir faute de la part du défendeur qui invoque la force majeure. Nous devons traiter brièvement cette coexistence possible de la faute et de la force majeure pour éviter toute confusion sur le sens de notre notion.

Le défendeur a prouvé l'existence d'un cas qui rentre dans les catégories de la force majeure. Cet événement est bien la cause du dommage, qu'il s'agisse de la détérioration ou de la perte d'une marchandise ou d'un accident de personne, blessure ou mort, c'est-à-dire que l'événement a, au sens ordinaire de la notion de causalité, joué, dans la survenance de l'accident, le rôle principal. Voici le défendeur déchargé de prime abord. Cette exonération porte sur la responsabilité spéciale du *receptum*. Car le défendeur se trouve dans le cas où la responsabilité ne s'applique pas, l'événement étant de ceux dont le péril

ne lui incombe pas, malgré sa situation légale d'assureur. L'exception de force majeure a pour but de paralyser cette responsabilité spéciale ; elle produit son effet en la faisant mettre de côté.

Mais, il reste la responsabilité ordinaire de droit commun, analogue à celle établie dans la matière du louage, indépendante de la responsabilité spéciale du *receptum*. En vertu de cette cause de droit, le transporteur est tenu d'une obligation de dommages-intérêts chaque fois que c'est par sa faute qu'il est hors d'état d'exécuter le contrat. Cette responsabilité existe à sa charge lorsque, un cas fortuit étant établi, les effets dommageables de cet accident n'ont pu se produire que parce qu'il y avait une faute de sa part. C'est cette faute qui l'engage et la nature fortuite du cas est juridiquement indifférente.

La situation est donc la suivante : à l'origine du procès, le transporteur est de plein droit responsable du moment que deux circonstances sont établies, la prise en charge de la marchandise, d'une part, la non-restitution, de l'autre. Aucune preuve à décharge n'est admise. Tel est l'effet particulier du *receptum*.

Mais le défendeur allègue et établit que le dommage a pour cause la force majeure. La responsabilité spéciale du *receptum* disparaît. Le transporteur est autorisé à établir, comme tout autre contractant qui a pris en charge le bien d'autrui, que ce n'est pas par suite d'une faute à lui imputable qu'il n'a pu exécuter le contrat. Il n'aura généralement point de peine à faire cette démonstration, surtout si nous sommes sur le terrain de la libre appréciation (a).

(a) Note du Traducteur. — Allusion au système déjà indiqué de la preuve libre introduit en Allemagne par le Code de procédure de 1879.

La preuve du cas de force majeure fait disparaître toute suspicion de faute; aussi disons-nous que le défendeur est déchargé de prime abord. Mais cette preuve crée en sa faveur une grande probabilité, point de certitude. Il demeure possible que, par exception, l'effet dommageable du *damnum fatale* aurait pu être évité par le strict accomplissement des devoirs du transporteur. C'est donc peut-être sa négligence, voire même son dol qui a rendu le le sinistre possible (1).

Il appartiendra au demandeur d'établir les faits qui justifieront que l'on se trouve dans une hypothèse de cette nature. L'existence de la force majeure étant constante, il y a lieu, jusqu'à plus ample informé, de considérer l'accident comme inévitable (2), mais dans la mesure seulement que nous venons d'indiquer. Si le demandeur articule la faute, le défendeur devra le réfuter, en montrant que telle ou telle circonstance n'est pas exacte, qu'elle n'a pas été la cause de l'accident ou qu'elle n'implique pas la faute. Faute par lui de faire cette preuve, il succombera, bien que la force majeure soit établie; car elle ne l'exonère pas de sa faute (3).

(1) Tite-Live (livr. 23, ch. 3, § 10), raconte la curieuse histoire de ces publicains improbos qui avaient intentionnellement chargé les marchandises à livrer sur des bateaux hors d'état de tenir la mer pour tirer profit du naufrage parce que la perte des marchandises envoyées aux armées était aux risques de l'État quand elle était causée par la tempête.

(2) Au sujet de l'influence légale de la vraisemblance sur la preuve, voyez Bär (a), *Du droit et de la preuve en procédure civile*, p. 23.

(3) *L'acte de Dieu n'est une défense que lorsque le défendeur établit qu'il n'est pas en faute* (Smith, *loc. cit.*, p. 15). Au point de vue de la doctrine dominante, cette règle est évidente puisque, s'il y a faute, il n'y

(a) Note du Traducteur. — Bär, professeur à Göttingue, a écrit sur la procédure criminelle et civile et sur le droit international.

2. *Le critère de la force majeure demeure objectif même dans ce cas.* — Le principe général, au terme duquel chacun doit répondre de sa faute, trouve donc son application dans la matière des transports, sans qu'il soit nécessaire d'obscurcir le caractère objectif de la notion de la force majeure en y introduisant un élément subjectif. Nous évitons ainsi la confusion dans laquelle tombe la doctrine dominante lorsqu'elle nie l'existence de la force majeure du moment que la faute et la responsabilité ont été constatées, même dans le cas où il y a eu coexistence de la faute du *recipiens* et d'un cas fortuit extraordinaire. Il est évident qu'en procédant ainsi, en solidarissant la question de la force majeure et celle de la faute, il est impossible d'établir des critères objectifs de la force majeure. Car la question de faute a toujours un caractère individuel et elle ne peut se résoudre que par l'examen de l'espèce dans son ensemble.

Nous voulons, au contraire, distinguer nettement la question de la force majeure de la question de la faute. Appelé à statuer sur le point de savoir si l'accident allégué constitue un cas de force majeure, le juge devra répondre d'après les circonstances extérieures. La plupart du temps, sa réponse sera négative et il prononcera la responsabilité du transporteur, sans aucun examen de la question de faute.

Mais lorsque, par exception, le juge aura reconnu l'existence de la force majeure, la question de savoir s'il n'y a

a pas de force majeure. *Il est bien entendu d'ailleurs, que le débiteur ne se trouve déchargé de toute responsabilité, à raison de la force majeure ou de cas fortuit, qu'autant que l'événement n'a pas été précédé, accompagné ou suivi de quelque faute qui lui soit imputable* (Demolombe, 24, p. 555).

pas eu en même temps une faute du défendeur se posera. Elle ne pourra être résolue que par l'examen des circonstances de l'espèce; la solution qui lui sera donnée n'a rien de commun avec celle de la première question.

Un seul et même événement, une inondation, par exemple, ne peut pas à la fois être et n'être pas force majeure, suivant qu'il a atteint une grande entreprise qui devait être préparée à y résister ou un simple voiturier de qui on ne pouvait exiger la même organisation coûteuse. La foudre est toujours force majeure; elle ne perd pas ce caractère dans les hypothèses où on aurait pu protéger avec un paratonnerre le bâtiment atteint, dans lequel des matières inflammables sont renfermées. Seulement il pourra y avoir lieu, dans cette espèce, de rechercher si le propriétaire n'est pas responsable pour la faute dont il s'est rendu coupable en s'abstenant de mettre un paratonnerre : la force majeure a causé l'accident; mais la négligence l'a rendu préjudiciable.

Au point de vue pratique, dans une semblable hypothèse, la doctrine dominante et la nôtre arrivent à la même conclusion. Mais la distinction n'est pas indifférente pour la pureté de notre notion. Il est faux de dire que tout accident, inévitable dans les circonstances où il s'est produit, constitue la force majeure. Mais il n'est pas moins inexact d'affirmer qu'un accident que l'on pouvait éviter, en employant la diligence nécessaire, doit, par cela seul, être rayé du nombre des cas de force majeure.

CHAPITRE QUATORZIÈME.

Conséquences pratiques de la doctrine.

1. Application des principes au cas où la force majeure est constatée. —
2. Résultats utiles de la doctrine dans les cas où la force majeure n'est pas reconnue. —
3. Conclusion.

1. *Application des principes au cas où la force majeure est constatée.* — Nous venons de faire remarquer que, dans tous les cas où la force majeure est reconnue, les conséquences de notre doctrine sont les mêmes que celles de la doctrine dominante. Seulement nous n'exigeons pas une diligence extraordinaire de la part du transporteur, mais celle d'un homme d'affaires exercé. Cette différence toutefois n'a rien d'essentiel ; car la doctrine dominante, tout en partant d'un autre principe pour l'appréciation de la faute, ne fait pas, dans la pratique, l'application de ce principe.

En présence de cet accord final, le lecteur se demandera peut-être : pourquoi tant de bruit ^(a) ? Rétorquant notre argumentation, il nous dira : vous voulez écarter la question de faute à cause des difficultés de la preuve et des écueils qu'elle offre à l'appréciation du juge. Or, voici que vous

(a) Note du Traducteur. — Citation de Faust ; c'est ce que dit Mephistophélés à Faust, en apparaissant devant lui.

laissez toutes ces questions rentrer dans la cause. Le juge va être obligé de scruter les détails du fait, le défendeur sera entendu dans ses articulations; le demandeur se trouvera contraint de tenter la preuve contraire, avec toutes ses difficultés. En somme, le procès se ramène à une question de faute.

Cette argumentation ne résiste pas à l'examen. La situation qu'elle décrit ne peut se présenter, en effet, que dans les cas, très peu nombreux, où le défendeur aura réussi à démontrer l'existence de la force majeure. Le bénéfice de l'exclusion de la question de faute demeure donc acquis dans l'immense majorité des causes. Même dans les espèces où la force majeure sera prouvée, il n'y aura lieu qu'exceptionnellement de rentrer dans la recherche de la faute, parce que les circonstances écarteront le plus souvent, d'elles-mêmes, la possibilité d'une faute.

Il y aura, néanmoins, un certain nombre de cas où le droit du *receptum* ne s'appliquera pas et où l'on devra recourir aux principes ordinaires des obligations. Nous verrons en conséquence reparaître les inconvénients indiqués plus haut. L'exception étant écartée, la règle reprend son empire, avec les désavantages qui avaient motivé l'introduction de l'exception.

Il n'y aurait que deux façons de supprimer ces inconvénients. Ou bien on rendrait le *recipiens* responsable même pour les cas de force majeure, comme le faisait à l'origine l'Edit romain. Mais il y aurait là une iniquité, étant données l'évidence des circonstances et l'improbabilité de la faute. Ou bien, on considérerait la force majeure comme absolument libératoire, sans tenir compte de la faute qui a pu coexister. Cette dernière solution serait

non seulement injuste, mais peu raisonnable. Le *receptum* ayant pour fondement la situation défavorable où se trouve le demandeur au point de vue de la preuve, on ne peut, sans contradiction, retourner la règle contre lui. En semblable occurrence, le défendeur conservera le bénéfice de cette facilité d'une preuve contre laquelle le demandeur pourra malaisément faire la preuve contraire. Mais ici nous ne sommes plus en présence d'un défendeur qu'il y a lieu de présumer en faute, comme dans les espèces où la force majeure n'est pas établie. L'information n'est suivie que dans l'intérêt du demandeur, pour établir une responsabilité écartée, en principe, par l'existence de la force majeure. Si, dans un cas exceptionnel, il se trouve que cette faute, tout en existant, ne pourra être démontrée, le droit du demandeur sera sans doute en échec : ce sera pour lui une force majeure. Nous ne saurions venir à son aide sans renverser le principe équitable aux termes duquel la force majeure est, normalement, libératoire.

2. *Résultats utiles de la doctrine dans les cas où la force majeure n'est pas reconnue.* — Proclamons-le donc bien haut, ce n'est pas dans le cas où la force majeure est reconnue que se font sentir les effets utiles de notre théorie, mais bien dans les cas où il n'y a pas force majeure. C'est là qu'il faut chercher les conséquences pratiques qui, non moins que son fondement scientifique, séparent cette doctrine de la doctrine dominante. Nous réfutons ainsi d'une manière décisive l'objection que nous avons soulevée au commencement de ce chapitre.

Je rappelle encore une fois que l'immense majorité des accidents de transport ont leur origine dans un grincement intérieur de l'organisme de l'entreprise. Nous écartons

toute enquête sur les faits de cette espèce. D'autres ont pour cause des événements qui, même en dehors de toute faute du voiturier, constituent, non pas une force majeure, mais des cas fortuits ordinaires.

Cette seule constatation suffit pour amener une différence pratique dans les appréciations du juge, qui sera très sensible dans la statistique des procès de transports. Elle aura pour conséquence la condamnation bien plus fréquente du transporteur, en faisant écarter le moyen de la force majeure invoqué par lui.

Non seulement notre doctrine réduit le nombre des cas de force majeure ; mais elle fournit un *criterium* très différent pour les reconnaître. Notre notion a un caractère *objectif* qui dispense le juge d'examiner les détails de l'espèce et dont il peut faire l'application *a priori*. Cette modification dans le travail du juge entraîne une autre conséquence, de quelque importance au point de vue du résultat de ces procès. Le travail du juge en devient plus facile et plus court et il aura cette satisfaction de pouvoir se décider d'après une règle, au lieu de résoudre chaque cas en équité.

Au demandeur, nous assurons une prompte réparation, aussitôt qu'il sera établi que nous ne sommes pas en face d'un de ces événements exceptionnels où l'homme le plus instruit aperçoit le doigt du destin. Au défendeur et à tout le public intéressé à la facilité des communications, nous apportons la sécurité et l'égalité que notre doctrine procure à cette matière du droit, restreinte, mais importante. Le défendeur saura qu'il ne peut être exonéré que par un événement considérable et qu'il ne devra jamais invoquer le concours malheureux des circonstances ou les accidents imprévus. Il s'évitera ainsi bien des procès et il les

épargnera en même temps au sinistré et au juge. Le grand public se confiera plus volontiers aux organisations compliquées de ces entreprises quand il sera certain que, au cas d'un dommage causé, il sera indemnisé régulièrement, à bref délai, sans recherches difficiles.

L'exception de force majeure s'appliquera rarement. Mais tout le monde en comprendra la portée; car, malgré son allure étrangère, elle est, au fond, absolument populaire.

3. Conclusion. — Je résume ainsi les résultats de notre recherche.

La force majeure, dans les règles de droit qui nous occupent, est un événement qui présente les deux caractères suivants :

1° Il s'est produit en dehors du cercle d'action de l'entreprise et a pour cause une force qui occasionne un dommage à une personne ou à une marchandise dans l'intérieur de ce cercle.

2° Il est d'une nature et d'une puissance telle qu'il sort évidemment du nombre des cas fortuits que l'on doit prévoir dans le cours ordinaire de la vie.

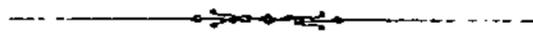
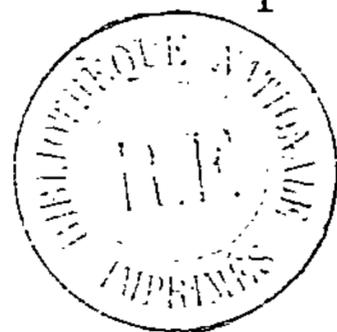


TABLE DES MATIÈRES.

PRÉFACE DU TRADUCTEUR.....	Pages. 1
----------------------------	-------------

CHAPITRE PREMIER.

La force majeure dans les diverses législations sur les transports.

1. Principe de la force majeure. — 2. Nécessité d'un nouvel examen de la notion. — 3. Division du travail. — 4. Des diverses hypothèses où intervient le principe de la force majeure.....	21
--	----

CHAPITRE DEUXIÈME.

Historique de la notion de la force majeure jusqu'à notre époque.

1. Unité de la notion de la force majeure. — 2. Deux interprétations alternativement dominantes de cette notion; criterium subjectif et criterium objectif. — 3. La Glose admet qu'il y a force majeure partout où il y a absence de faute (criterium subjectif). — 4. Établissement de la doctrine qui ne considère comme cas de force majeure que les accidents survenus par la force des éléments ou celle des ennemis (criterium objectif). — 5. Perfectionnement de cette doctrine par la théorie du cas inévitable.....	28
---	----

CHAPITRE TROISIÈME.

Pour quels motifs la science allemande a abandonné la doctrine dite objective.

1. Absence de principe de l'ancienne doctrine objective. — 2. Doutes soulevés par la classification des cas de force majeure en

accidents causés par la force des éléments et par la force des ennemis. — 3. Insuffisance de la formule qui cherche dans l'inévitable le criterium de la force majeure..... 41

CHAPITRE QUATRIÈME.

Exposé et développement de la doctrine de Goldschmidt.

1. La responsabilité du *receptum*, d'après Goldschmidt, se réduit à l'obligation imposée au transporteur d'une vigilance particulière. — 2. Inutilité de la règle qui se borne à imposer au transporteur une diligence particulière. — 3. Impossibilité pratique d'appliquer cette théorie..... 46

CHAPITRE CINQUIÈME.

La théorie dominante revient à assimiler la responsabilité *ex recepto* (dans le contrat de transport) avec la responsabilité *ex locato* (dans le contrat de louage).

1. Conséquences de la théorie dominante aux termes de la jurisprudence. — 2. Selon Grünhut, la théorie dominante impose au transporteur une responsabilité plus étendue que celle d'un bon père de famille; réfutation de cette assertion. — 3. Observations analogues au sujet des théories de Dernburg, Windscheid, Unger, Thöl. — 4. La théorie dominante supprime complètement la responsabilité spéciale *ex recepto*..... 54

CHAPITRE SIXIÈME.

Conflit entre la doctrine dominante et les règles de droit positif.

1. Le droit romain primitif exclut la question de faute de la notion de la force majeure. — 2. Point de modification à cette règle par l'innovation de Labéon. — 3. Subsistance du principe dans l'ancienne doctrine allemande et le droit anglo-saxon. — 4. La même doctrine a été maintenue par le nouveau Code de commerce allemand..... 63

CHAPITRE SEPTIÈME.

Principe du *receptum*.

- | | Pages. |
|---|--------|
| 1. Le <i>receptum</i> a pour objet de défendre l'expéditeur contre les difficultés de preuve spéciales à la matière. — 2. Étude sur les inconvénients des règles ordinaires de la preuve dans certaines situations juridiques. — 3. Remède apporté à ces inconvénients par une dérogation aux règles ordinaires du droit..... | 71 |

CHAPITRE HUITIÈME.

Portée pratique du principe du *receptum*.

- | | |
|--|----|
| 1. Impossibilité pour l'expéditeur de faire la preuve de la faute du transporteur. — 2. L'expéditeur n'est pas suffisamment garanti par l'obligation de preuve existant à la charge du transporteur. — 3. Le <i>receptum</i> corrige cet inconvénient en éliminant la question de faute..... | 80 |
|--|----|

CHAPITRE NEUVIÈME.

Limitation des effets du *receptum* par l'exception de force majeure.

- | | |
|--|----|
| 1. Introduction d'une exception dans le droit romain pour limiter les effets du <i>receptum</i> . — 2. L'exception doit être accordée quand le caractère fortuit de l'accident est évident au premier abord. — 3. Le critère de l'exception sera nécessairement objectif. — 4. Retour aux anciens principes expliqués plus scientifiquement..... | 88 |
|--|----|

CHAPITRE DIXIÈME

Caractère extérieur de la force majeure.

- | | |
|---|----|
| 1. La force majeure suppose un accident de provenance extérieure. — 2. Le caractère extérieur de l'accident est indifférent dans la doctrine dominante. — 3. Recherche des limites du cercle d'action de l'entreprise. — 4. Le caractère extérieur d'après l'ancienne doctrine allemande..... | 95 |
|---|----|

CHAPITRE ONZIÈME.

La force majeure résulte d'un événement important et notoire.

- Pages.
1. Garanties que doit présenter au juge l'événement qualifié force majeure. — 2. Ces garanties se rencontrent dans les accidents provenant des éléments ou du fait de l'ennemi. — 3. L'événement allégué doit être important et notoire..... 105

CHAPITRE DOUZIÈME.

Quel degré d'importance doit avoir l'événement de force majeure?

1. La force majeure suppose un événement d'une importance supérieure à ceux que l'on rencontre dans le cours ordinaire de la vie. — 2. Caractère juridique de cette définition. — 3. Le criterium ainsi proposé est objectif. — 4. Exemples de cas de force majeure. — 5. Différence pratique entre les conséquences de cette théorie et celles de la doctrine dominante..... 109

CHAPITRE TREIZIÈME.

Du cas de coexistence de la faute et de la force majeure.

1. Au cas de coexistence de la faute et de la force majeure, le *receptiens* est responsable pour la faute. — 2. Le critère de la force majeure demeure objectif même dans ce cas..... 119

CHAPITRE QUATORZIÈME.

Conséquences pratiques de la doctrine.

1. Application des principes au cas où la force majeure est constatée. — 2. Résultats utiles de la doctrine dans les cas où la force majeure n'est pas reconnue. — 3. Conclusions..... 124



Vient de paraître :
LE HUITIÈME VOLUME
Finissant par le mot Capitaine
**DU RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE
DU DROIT FRANÇAIS**

Contenant

SUR TOUTES LES MATIÈRES DE LA SCIENCE ET DE LA PRATIQUE JURIDIQUES
l'Exposé de la Législation
l'Analyse critique de la Doctrine et les Solutions de la Jurisprudence
et augmenté sous les mots les plus importants.

DE NOTIONS ÉTENDUES DE DROIT ÉTRANGER COMPARÉ
ET DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PUBLIÉ SOUS LA DIRECTION DE

ED. FUZIER-HERMAN, ancien Magistrat

Par MM.

A. CARPENTIER

AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

G. FRÈREJOUAN DU SAINT

DOCTEUR EN DROIT, ANCIEN MAGISTRAT
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

AVEC LA COLLABORATION DES

Rédacteurs du Recueil général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais
et notamment de MM.

Baudry-Lacantinerie, doyen de la Faculté de droit de Bordeaux ;
De Boislisle, juge au Tribunal de première instance de la Seine ;
G. Bressolles, professeur à la Faculté de droit de Toulouse ;
Bulnoir, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
A. Christophle, gouverneur du Crédit Foncier de France, ancien ministre des Travaux publics ;
Em. Cohendy, professeur à la Faculté de droit de Lyon ;
Crépon, conseiller à la Cour de cassation ;
R. Dareste, conseiller à la Cour de cassation, membre de l'Institut ;
Demangeat, conseiller à la Cour de cassation, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris ;
G. Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
E. Garsonnet, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
Lacointa, avocat à la Cour de Paris, ancien avocat général à la Cour de cassation ;
L. Larombière, premier président honoraire à la Cour de cassation, membre de l'Institut ;
Ch. Laurent, premier avocat général à la Cour de Bruxelles ;
A. Laurin, doyen de la Faculté de droit d'Aix ;
L. Limelette, substitut du procureur général à Liège ;
Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
E. Naquet, procureur général près la Cour d'appel d'Aix ;
N. Panhard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ;
Puton, directeur de l'Ecole nationale forestière ;
L. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
A. Ribéreau, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux ;
Ruben de Couder, conseiller à la Cour de cassation ;
Ch. Vibert, docteur en médecine, médecin légiste, chef du Laboratoire d'anatomie pathologique ;
Viollet, membre de l'Institut, professeur à l'Ecole des Chartes, bibliothécaire de la Faculté de droit de Paris ;

ET POUR LE DROIT COMPARÉ CIVIL ET CRIMINEL

de M. Ernest **Lehr**,

Professeur honoraire de Législation comparée à l'Académie de Lausanne.

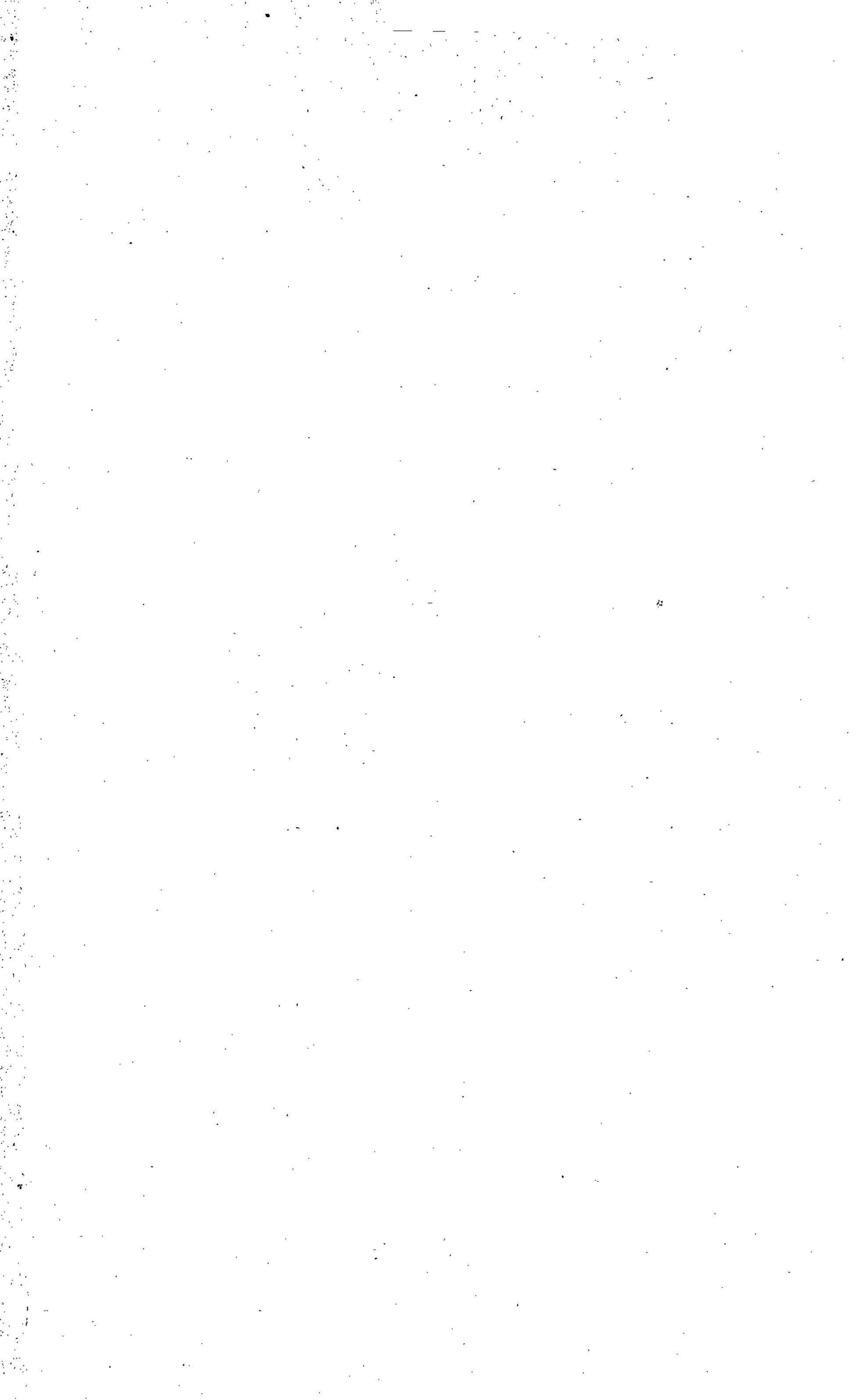
Ce Répertoire paraît par volumes complets, à raison de deux par an. Il formera environ 30 volumes in-4° de 800 pages; et, s'il en paraît davantage, le souscripteur n'aura pas à payer tout ce qui excédera 32 volumes et la table.

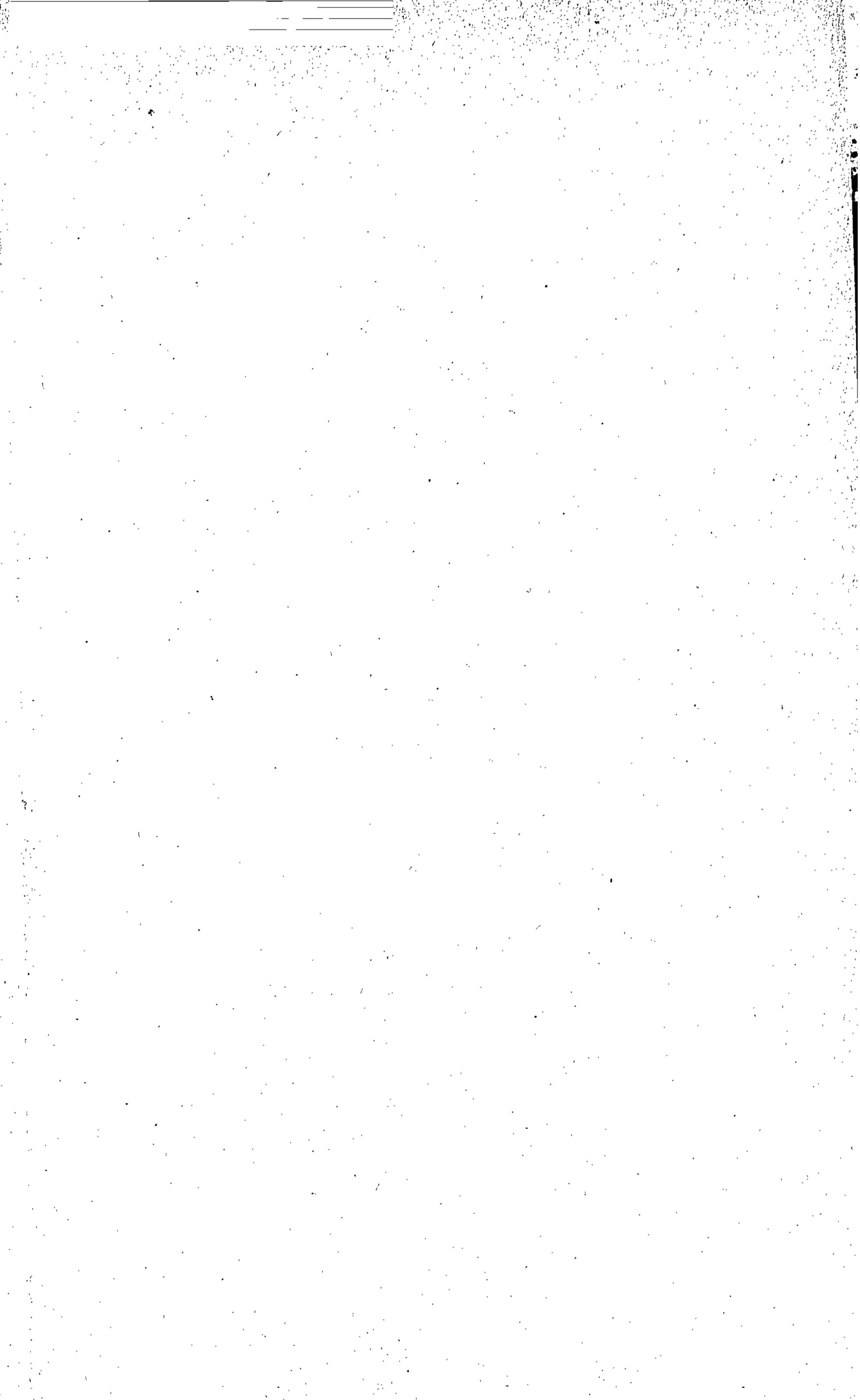
PRIX :

Pour les Souscripteurs à l'Ouvrage complet, le vol., *franco*. 20 fr.
Pour les non Souscripteurs, le volume, *franco* 25 fr.

Bar-le-Duc, Imprimerie Contant-Laguerre.







PREFACE DU TRADUCTEUR

CHAPITRE PREMIER. La force majeure dans les diverses législations sur les transports.

1. Principe de la force majeure. - 2. Nécessité d'un nouvel examen de la notion. - 3. Division du travail. - 4. Des diverses hypothèses où intervient le principe de la force majeure

CHAPITRE DEUXIEME. Historique de la notion de la force majeure jusqu'à notre époque.

1. Unité de la notion de la force majeure. - 2. Deux interprétations alternativement dominantes de cette notion; criterium subjectif et criterium objectif. - 3. La Glose admet qu'il y a force majeure partout où il y a absence de faute (criterium subjectif). - 4. Etablissement de la doctrine qui ne considère comme cas de force majeure que les accidents survenus par la force des éléments ou celle des ennemis (criterium objectif). - 5. Perfectionnement de cette doctrine par la théorie du cas inévitable

CHAPITRE TROISIEME. Pour quels motifs la science allemande a abandonné la doctrine dite objective.

1. Absence de principe de l'ancienne doctrine objective. - 2. Doutes soulevés par la classification des cas de force majeure en accidents causés par la force des éléments et par la force des ennemis. - 3. Insuffisance de la formule qui cherche dans l'inévitable le criterium de la force majeure

CHAPITRE QUATRIEME. Exposé et développement de la doctrine de Goldschmidt.

1. La responsabilité du *receptum*, d'après Goldschmidt, se réduit à l'obligation imposée au transporteur d'une vigilance particulière. - 2. Inutilité de la règle qui se borne à imposer au transporteur une diligence particulière. - 3. Impossibilité pratique d'appliquer cette théorie

CHAPITRE CINQUIEME. La théorie dominante revient à assimiler la responsabilité ex recepto (dans le contrat de transport) avec la responsabilité ex locato (dans le contrat de louage).

1. Conséquences de la théorie dominante aux termes de la jurisprudence. - 2. Selon Grünhut, la théorie dominante impose au transporteur une responsabilité plus étendue que celle d'un bon père de famille; réfutation de cette assertion. - 3. Observations analogues au sujet des théories de Dernburg, Windscheid, Unger, Thöl. - 4. La théorie dominante supprime complètement la responsabilité spéciale *ex recepto*

CHAPITRE SIXIEME. Conflit entre la doctrine dominante et les règles de droit positif.

1. Le droit romain primitif exclut la question de faute de la notion de la force majeure. - 2. Point de modification à cette règle par l'innovation de Labéon. - 3. Subsistance du principe dans l'ancienne doctrine allemande et le droit anglo-saxon. - 4. La même doctrine a été maintenue par le nouveau Code de commerce allemand

CHAPITRE SEPTIEME. Principe du receptum.

1. Le *receptum* a pour objet de défendre l'expéditeur contre les difficultés de preuve spéciales à la matière. - 2. Etude sur les inconvénients des règles ordinaires de la preuve dans certaines situations juridiques. - 3. Remède apporté à ces inconvénients par une dérogation aux règles ordinaires du droit

CHAPITRE HUITIEME. Portée pratique du principe du receptum.

1. Impossibilité pour l'expéditeur de faire la preuve de la faute du transporteur. - 2. L'expéditeur n'est pas suffisamment garanti par l'obligation de preuve existant à la charge du transporteur. - 3. Le *receptum* corrige cet inconvénient en éliminant la question de faute

CHAPITRE NEUVIEME. Limitation des effets du receptum par l'exception de force majeure.

1. Introduction d'une exception dans le droit romain pour limiter les effets du *receptum*. - 2. L'exception doit être accordée quand le caractère fortuit de l'accident est évident au premier abord. - 3. Le critère de l'exception sera nécessairement objectif. - 4. Retour aux anciens principes expliqués plus scientifiquement

CHAPITRE DIXIEME. Caractère extérieur de la force majeure.

1. La force majeure suppose un accident de provenance extérieure. - 2. Le caractère extérieur de l'accident est indifférent dans la doctrine dominante. - 3. Recherche des limites du cercle d'action de l'entreprise. - 4. Le caractère extérieur d'après l'ancienne doctrine allemande

CHAPITRE ONZIEME. La force majeure résulte d'un événement important et notoire.

1. Garanties que doit présenter au juge l'événement qualifié force majeure. - 2. Ces garanties se rencontrent dans les accidents provenant des éléments ou du fait de l'ennemi. - 3. L'événement allégué doit être important et notoire

CHAPITRE DOUZIEME. Quel degré d'importance doit avoir l'événement de force majeure?

1. La force majeure suppose un événement d'une importance supérieure à ceux que l'on rencontre dans le cours ordinaire de la vie. - 2. Caractère juridique de cette définition. - 3. Le criterium ainsi proposé est objectif. - 4. Exemples de cas de force majeure. - 5. Différence pratique entre les conséquences de cette théorie et celles de la doctrine dominante

CHAPITRE TREIZIEME. Du cas de coexistence de la faute et de la force majeure.

1. Au cas de coexistence de la faute et de la force majeure, le *recipiens* est responsable pour la faute. - 2. Le critère de la force majeure demeure objectif même dans ce cas

CHAPITRE QUATORZIEME. Conséquences pratiques de la doctrine.

1. Application des principes au cas où la force majeure est constatée. - 2. Résultats utiles de la doctrine dans les cas où la force majeure n'est pas reconnue. - 3. Conclusions