De quelques digressions sur le commodat selon Robert-Joseph Pothier*

Dans son *Traité du prêt à usage et du précaire*, Pothier définit le commodat comme « un contrat, par lequel un des contractans donne gratuitement à l'autre une chose, pour s'en servir à un certain usage ; et celui, qui la reçoit, s'oblige de la lui rendre, après qu'il s'en sera servi »[1]. Notre auteur prend soin de distinguer cette institution d'autres conventions. « Par exemple, écrit-il, si je vous prête des meubles pour les donner en gage à votre créancier, qui ne veut surseoir à ses poursuites qu'à cette condition, c'est un vrai contrat de prêt à usage qui intervient entre nous ». Et d'ajouter aussitôt : « Il en serait autrement, si c'était moi-même qui, à votre prière, les donnasse à votre créancier en nantissement de votre dette. Le contrat qui interviendrait entre nous serait un contrat de mandat »[2].

Le commodat ne peut davantage être assimilé à une donation car il ne transfert nullement à l'emprunteur la propriété de la chose qui reste au prêteur. En cela, il se différencie également du prêt de consomption portant sur des choses ayant vocation à être consommées (argent, blé, vin…) et dont l'emprunteur devient propriétaire, à charge pour lui de rembourser son cocontractant « d'une somme ou quantité égale à celle qu'il lui a prêtée »[3].

Par ailleurs, le commodat est un contrat réel puisqu'il se forme par la tradition de la chose. Or, en droit français, les conventions sont en principe réputées valides par le seul consentement entre les parties avant même que la chose ne soit délivrée. Pothier considère toutefois qu'en l'espèce il s'agirait non d'un véritable commodat mais d'une simple promesse de prêt, « qui diffère du contrat de prêt, comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente »[4]. Contrat de bienfaisance, le commodat est aussi d'essence gratuite et partant ne saurait être comparé avec le louage supposant par définition une contrepartie matérielle.

Enfin, le prêt à usage ne doit pas être confondu avec le précaire où le propriétaire confie certes également sa chose gratuitement à l'autre partie pour qu'elle en jouisse. Mais ce contrat se démarque du commodat dans la mesure où la chose n'étant pas ici remise pour une durée ou une fonction déterminée peut être reprise à tout moment par son maître.

Quant à l'objet du commodat, à défaut d'évoquer la position de Labéon ayant voulu le limiter aux *res mobiles* ni celle de Cassius ayant fait admettre son extension

---

*Le Doyen Janez Kranjc étant un éminent romaniste, nous avons choisi un sujet ayant quelque résonnance avec le droit savant. Contrairement à notre collègue et ami, nous ne saurions certes prétendre être un spécialiste de la matière, mais notre inclination pour l'histoire du droit privé dans l'ancienne France nous a conduit à analyser une (petite) facette de l'œuvre de l'un des plus célèbres jurisconsultes de cette période : Robert-Joseph Pothier (1699-1772).

[1] *Œuvres de Pothier*, *Traité du prêt à usage et du précaire*, éd. M. Bugnet, Paris, 1861, tome V, p. 3.

[2] *Ibidem*, p. 4, n° 2.

[3] *Ibid*., p. 6, n° 10.

[4] *Ibid*., p. 5, n° 6

aux choses immobilières[5], Pothier estime qu'il est susceptible de concerner toutes les choses « dans le commerce, et qui ne se consomment point par l'usage que l'on en fait »[6]. Il le reconnaît cependant aisément : ce contrat vise plus souvent des meubles que des immeubles même si, affirme-t-il, « tous les jours un ami prête à son ami sa cave, son grenier, un appartement dans une maison »[7].

Bien qu'elles soient hors du commerce, les choses consacrées à Dieu – à l'instar des choses profanes – n'en sont pas moins sujettes au commodat dès l'instant où elles sont prêtées pour des usages exclusivement religieux. Pothier illustre ses propos en citant le cas de chandeliers d'argent empruntés en des églises d'une ville pour permettre d'installer un catafalque dans une autre lors d'une cérémonie funèbre[8]. Dans le même ordre d'idées, des paroissiens d'une église en réparation peuvent parfaitement, pendant la durée des travaux, souscrire un commodat avec des religieux voisins aux termes duquel les seconds cèdent momentanément aux premiers l'usage leur propre église pour y célébrer l'office[9].

En revanche, ce type de convention ne peut évidemment être conclu sur des écrits dont le roi ou les magistrats ont ordonné la suppression. Le jurisconsulte vise aussi plus généralement ce qu'il nomme pudiquement « les mauvais livres »[10]. Quoique la justice n'en ait pas exigé la destruction, ces ouvrages, « dont on ne peut se servir pour aucun usage honnête » – déclare Pothier – car ils renferment « des ordures et des impuretés », ne sauraient être la matière d'un contrat de prêt à usage, sauf si leur emprunteur a l'intention de les réfuter. À l'inverse, confier de telles œuvres à des personnes susceptibles d'être corrompues par leur lecture constitue pour Pothier « un crime surpassant celui d'un empoisonneur »[11].

Par ailleurs, on ne peut prêter à quelqu'un une chose lui appartenant. Cette règle somme toute évidente de prime abord n'en souffre pas moins des exceptions. Il est en effet des situations où l'emprunteur est le propriétaire de la chose, le prêteur en ayant seulement la possession ou la jouissance. Ainsi une tapisserie en nantissement peut-elle faire l'objet d'un commodat entre le créancier et le débiteur, ce dernier – bien que propriétaire – s'engageant à la rendre à l'expiration du délai prévu ou dès lors qu'il n'en aura plus besoin. « Par la même raison, celui qui jouit en usufruit de ma maison, peut me la prêter en tout ou en partie », ajoute Pothier[12].

Le commodat relevant du droit naturel, il n'est assujetti à aucune formalité particulière si ce n'est qu'il doit – comme tous les contrats – être écrit quand la chose excède une valeur de cent livres. Mais cette exigence, formulée d'abord par l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins de 1566 et reprise par l'article 2 du titre 20 de l'Ordonnance de 1667, est demandée à titre de preuve et non pour sa substance, observe

---

[5] Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, LGDJ, 2nde éd., 1928, p. 445, note 3 ; R. Monier, *Manuel de droit romain, Les obligations*, Paris, Domat Montchrestien, 5e éd., 1954, p. 127, n° 101.
[6] *Œuvres de Pothier, op.cit*., p. 7, n° 14.
[7] *Ibid*., p. 8, n° 14.
[8] *Ibid*. p. 8, n° 15.
[9] *Ibid*.
[10] *Ibid*., p. 8, n° 16.
[11] *Ibid*.
[12] *Ibid*., p. 9, n° 19.

Pothier[13]. Du reste, même si notre auteur n'en dit rien, la preuve testimoniale est fréquemment admise, notamment en des circonstances où il n'est pas de coutume d'exiger un écrit.

Après avoir défini la nature et l'objet du commodat, il convient maintenant – croyons-nous – d'en analyser la principale caractéristique : la restitution en nature de la chose, puis ce qu'il advient en cas de défaut de cette restitution.

La restitution en nature de la chose

Pothier le déclare de la manière la plus explicite : « L'emprunteur n'est obligé de rendre la chose qu'après le temps porté par le contrat ; et lorsque le contrat n'en porte aucun, qu'après celui… nécessaire pour l'usage pour lequel elle lui a été prêtée »[14]. Dans ces conditions, un prêteur réclamant une restitution prématurée ne manquerait pas de commettre une faute vis-à-vis de son cocontractant quand bien même il aurait besoin de la chose, du moins si ce besoin n'est ni pressant ni imprévu. « Car personne n'étant présumé vouloir faire plaisir à un autre à son préjudice »[15], celui, qui prête sa chose peut a priori aisément s'en passer. Si tel n'était finalement pas le cas, le prêteur serait alors en droit de reprendre son bien. « C'est le sentiment de Pufendorf, qui me paraît très équitable », assure Pothier[16]. Pour autant, l'emprunteur doit-il systématiquement redonner la chose dans une telle hypothèse ? Non, répond notre jurisconsulte affirmant qu'en semblable occurrence une restitution par équipollence est parfois envisageable comme le montre cet exemple particulièrement éclairant. En effet, il s'agit d'étais (des pièces de bois) prêtés pour soutenir un plancher d'une maison. Si le prêteur en exige la rétrocession immédiate afin de consolider sa propre demeure risquant sans cela de s'effondrer, l'emprunteur subira à l'évidence un dommage considérable sauf à fournir à ses frais d'autres étais en attendant de pouvoir redonner ceux lui ayant été remis[17].

Quoi qu'il en soit, il est aussi d'autres cas de figure où un prêteur peut exiger le retour de son bien avant la fin du délai initialement prévu, et ce sans porter atteinte aux intérêts de l'autre partie. Et Pothier d'observer : « Si je vous ai prêté un manuscrit pour quinze jours, afin d'en tirer copie, et qu'au bout de huit jours vous avez achevé cette copie, je puis vous demander que vous me rendiez mon manuscrit sans attendre »[18]. De même, un ouvrage prêté à un savant pendant une année pour lui permettre d'effectuer des recherches peut être rendu avant terme au propriétaire si l'emprunteur, surpris par la mort, n'a pu terminer son travail. « Je puis incontinent, déclare Pothier, sans attendre l'expiration du temps porté par la convention, redemander mon livre à ses héritiers, qui n'ont aucun sujet de le garder »[19]. Il en irait en revanche tout autrement si cette

[13] *Ibid*., p. 5, n° 8.
[14] *Ibid*., p. 11, n° 24.
[15] *Ibid*., p. 11, n° 25.
[16] *Ibid*.
[17] *Ibid*., p. 12, n° 25.
[18] *Ibid*., p. 12, n° 26.
[19] *Ibid*., p. 12, n° 27.

condition *intuitu personae* était absente. Ainsi le cheval confié à un ami pour faire ses vendanges doit, si cet ami vient à mourir, rester en possession de ses successeurs tant que la tâche n'a pas été réalisée.

Si le commodataire doit normalement rendre la chose à la date prévue par le contrat, l'application d'un tel principe ne doit pas être trop rigoureuse. Un délai de grâce peut en effet être facilement octroyé à l'emprunteur à charge pour lui d'indemniser éventuellement son cocontractant s'il souffre de ce retard. « Les devoirs de l'amitié, qui ont porté le prêteur à faire le prêt, exigent de lui ces tempéraments », estime Pothier[20]. Celui-ci se pose par ailleurs la question de savoir à qui la chose doit-elle être rendue ? Or, la réponse n'est pas toujours aussi aisée qu'on pourrait le croire de prime abord. Certes, l'objet du commodat sera la plupart du temps fort logiquement remis au prêteur quand bien même l'emprunteur l'aurait reçu par l'entremise d'un tiers mandaté alors par le prêteur. « Quelquefois, remarque cependant Pothier, ce n'est pas à la personne même, qui a fait le prêt, que la chose prêtée doit être rendue »[21]. Il en va ainsi lorsque le prêteur est frappé de mort civile. S'il s'agit d'une peine accessoire à une condamnation capitale, la restitution doit être faite au seigneur au profit duquel la confiscation des biens a été prononcée. En revanche, si le prêteur a quitté le monde pour entrer en religion, ce seront ses héritiers qui bénéficieront de la rétrocession.

Celle-ci peut également ne pas être faite au prêteur en d'autres hypothèses moins exceptionnelles. Ainsi la chose empruntée à une fille, qui s'est ensuite mariée, doit-elle être rendue à son époux. De même, la chose empruntée à un mineur est-elle censée lui être restituée lorsqu'elle est remise à son tuteur. Il est toutefois des circonstances où la rétrocession peut être faite entre les mains du mineur alors que celui-ci a pourtant réalisé un prêt à l'insu de son père ou de son tuteur. Il peut s'agir par exemple d'un livre de classe prêté par un écolier. Si d'aventure, il venait ensuite à le perdre, l'emprunteur, lui ayant rendu, ne pourrait être mis en cause par le père ou le tuteur, lesquels ont virtuellement consenti un tel prêt en laissant la chose à la disposition de l'enfant. Il en irait tout autrement si la chose prêtée par celui-ci n'était pas ordinairement à son usage. Cette fois, en rendant la chose sans le consentement du père ou du tuteur, le commodataire engagerait sa responsabilité en cas de perte ultérieure de ladite chose par le mineur.

Développant son approche casuistique, Pothier envisage également l'hypothèse où le prêteur est devenu fou mais pas encore frappé d'interdiction[22]. Selon notre auteur, il convient de faire ici une distinction suivant que la démence est visible ou non. Dans le premier cas de figure, le commodataire doit différer la restitution jusqu'à la nomination d'un curateur. Dans le second, n'étant pas en mesure d'apprécier l'état mental de son cocontractant, l'emprunteur peut de bonne foi lui restituer la chose sans risquer d'être ultérieurement inquiété. Quant au prêteur prodigue, « celui-ci, observe Pothier, n'est privé de l'administration de son bien, que par la sentence d'interdiction ; jusqu'à cette sentence, il peut valablement recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur ; et,

---

[20] *Ibid*., p 13, n° 28.
[21] *Ibid*., p. 13, n° 32.
[22] *Ibid*., p. 14, n° 34.

par conséquent, la restitution de la chose prêtée, qui lui est faite par l'emprunteur avant la sentence d'interdiction, est valable »[23].

De même convient-il de savoir où la chose prêtée doit-elle être rendue ? Si les parties n'ont rien prévu à cet égard, l'emprunteur la remettra au domicile du prêteur. Toutefois, si la chose est habituellement déposée dans un autre lieu, une maison de campagne du prêteur d'où celui-ci l'a retirée pour la confier en commodat, elle doit y être retournée.

Mais qu'arrive-t-il si le créancier, depuis la conclusion du prêt à usage, a déménagé au loin. L'emprunteur est-il tenu de lui rapporter la chose en sa nouvelle maison ? À cette question, Pothier répond par la négative illustrant une fois encore sa pensée par un exemple très concret n'hésitant pas pour l'occasion à se mettre en scène. « Si je vous ai prêté mon cheval à Orléans, ville signalons-le où notre auteur habite effectivement, pour faire le voyage de Reims, et que pendant votre voyage, j'ai été nommé à un emploi à la Rochelle, pour lequel j'ai été obligé de transférer ma demeure,… vous n'êtes pas obligé de me rendre mon cheval ailleurs qu'à Orléans »[24]. Quand l'emprunteur y sera parvenu, il devra seulement « attendre mes ordres », précise Pothier, c'est-à-dire ou « me renvoyer à mes frais le cheval à la Rochelle, ou le vendre à Orléans pour mon compte ». Cependant, si le nouveau domicile du prêteur n'est guère éloigné du précédent, le commodataire aurait mauvaise grâce à lui refuser de rapporter la chose : « celui, qui a reçu un bienfait, ne doit pas être écouté à chicaner son bienfaiteur », affirme Pothier[25].

Enfin, en quel état la chose doit-elle être restituée ? Sur ce point, le jurisconsulte est formel : « L'emprunteur n'est pas même tenu des détériorations qui seraient un effet inévitable de l'usage »[26]. Ainsi le manteau neuf prêté à Orléans à un marchand se rendant à Leipzig aura nécessairement perdu quelque peu de sa valeur au retour du voyage, ce dont le propriétaire ne peut se plaindre légitimement sachant par avance qu'il en serait de la sorte. Il en va de même, Pothier empruntant cet exemple à Pomponius, d'un cheval prêté pour effectuer un long trajet revenant si fatigué qu'il en est singulièrement déprécié à tout jamais. Or, Pothier à la suite de son illustre devancier, considère que c'est plutôt le prêteur qui aurait ici commis une faute en prêtant un animal n'ayant pas la pleine capacité requise pour accomplir une semblable mission[27]. Rien de tel, en revanche, si le cheval est devenu borgne à la suite d'une faute commise par l'emprunteur. Le dommage est si considérable que le prêteur serait en droit d'exiger en entier le prix de la chose prêtée qu'il abandonnerait alors au débiteur. Pour autant, si la négligence de ce dernier, tout en causant un dégât réel à l'objet prêté, n'en empêchait pas l'usage, le commodataire serait seulement tenu d'indemniser le prêteur de la valeur perdue. Et Pothier d'évoquer le cas d'un livre tâché d'encre[28]. Lorsque le préjudice n'est pas immédiatement apparent, le prêteur dispose de quelque temps pour assigner le

[23] *Ibid.*
[24] *Ibid.*, p. 15, n° 37.
[25] *Ibid.*, p. 16, n° 37.
[26] *Ibid.*, p. 16, n° 39.
[27] *Ibid.*
[28] *Ibid.*, p. 30, n° 70.

commodataire indélicat, mais il doit cependant agir assez vite sans quoi « il serait censé s'être contenté de l'état dans lequel la chose lui a été rendue », déclare l'auteur[29].

Enfin, l'emprunteur doit rendre non seulement la chose prêtée mais également les fruits qu'elle peut être amenée à produire. C'est le cas d'une jument ayant donné naissance à un poulain chez le commodataire. Il en va également d'une maison que celui-ci aurait décidé de louer plutôt que de l'habiter lui-même. Les loyers perçus doivent être remis au prêteur et ce à un double titre : d'une part, il demeure le propriétaire du bien ; d'autre part, il ne l'a certainement pas confié gratuitement en commodat pour permettre à l'emprunteur d'en retirer un bénéfice pécuniaire.

Voyons maintenant ce qu'il en est lorsque la restitution n'a pas lieu.

Le défaut de restitution de la chose

Parfois, l'emprunteur est en droit de ne pas rendre la chose alors qu'il y serait pourtant en principe obligé. À cet égard, Pothier cite un exemple pour le moins édifiant : « Supposons, écrit-il, qu'une personne m'a prêté ses pistolets chargés pour un voyage. Au retour de ce voyage, le prêteur, en sortant d'avoir une grosse querelle, vient, tout enflammé de colère, me la raconter, et me redemander ses pistolets. Si j'ai lieu de soupçonner que le prêteur, que je connais pour un homme violent, en veut faire un mauvais usage, je dois attendre, pour les lui rendre, que ses mouvements de colère soient passés »[30]. Mais en d'autres circonstances moins tendues et sans doute plus fréquentes, le commodataire peut également différer la restitution de la chose, notamment lorsqu'il a dû débourser de l'argent pour conserver l'objet prêté ; il peut alors le retenir jusqu'à ce que le prêteur lui ait remboursé ces impenses.

« Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit », écrit Pothier[31]. La jurisprudence, peu importante en matière de commodat, les litiges se réglant habituellement à l'amiable, confirme l'opinion de notre jurisconsulte. En effet, un arrêt du Parlement de Dijon du 22 juin 1610 condamne la demoiselle d'Espiar pour avoir refusé de rendre un plat d'argent au prêteur sous prétexte que celui-ci lui devait une certaine somme[32].

Le commodataire ne peut pas davantage opposer au prêteur que la chose prêtée ne lui appartient pas quand bien même celui-ci l'aurait volée. Dans un tel cas de figure, l'emprunteur est seulement tenu, avant de procéder à la restitution, d'avertir le véritable propriétaire afin de lui permettre de faire arrêter le malandrin. Par ailleurs, ni l'emprunteur ni ses héritiers ne peuvent opposer une quelconque prescription pour se dispenser de rendre la chose sauf si elle n'était plus pas devers eux car alors l'action du prêteur serait sujette à la prescription trentenaire.

---

[29] *Ibid*., p. 30, n° 71.
[30] *Ibid*., p. 17-18, n° 45.
[31] *Ibid*., p. 17, n° 44.
[32] *Œuvres de M. Antoine d'Espeisses*, Lyon, 1750, t. Ier, p. 241.

Mais la plupart du temps, l'emprunteur n'est pas en mesure de rendre la chose prêtée car celle-ci a péri dans quelque accident ou lui a été dérobée. Ainsi ne saurait-on reprocher au commodataire la mort d'un cheval à la suite d'une maladie contre laquelle n'existe aucun remède. Les conditions de la force majeure sont à l'évidence d'autant plus réunies ici que le même mal contracté chez le propriétaire aurait été tout aussi incurable.

Au vrai, le problème se pose véritablement lorsque la perte de la chose est directement liée au commodat sans quoi ladite chose n'aurait pas été exposée ; par exemple, quand le cheval a été volé ou tué au cours du voyage pour lequel il avait été prêté. En pareille situation, le droit romain considère que le commodataire n'est pas tenu de payer le prix du cheval dès l'instant où il a apporté tout le soin dont il était capable pour conserver la chose prêtée.

« Quelques auteurs, et entre autres Pufendorf, et son annotateur Barbeyrac, ont, néanmoins, cru devoir s'écarter de la décision des lois romaines », remarque Pothier[33]. De fait, le jusnaturaliste allemand considère qu'« il y a presque toujours ici une convention tacite, en vertu de laquelle celui qui emprunte s'engage à rendre ou la chose ou la valeur »[34]. De son côté, Burlamaqui dans ses *Elémens du droit naturel* écrit : « Si la chose empruntée vient à périr par quelque accident, sans qu'il y ait de la faute de l'emprunteur, il paroît plus équitable d'en faire porter la perte à l'emprunteur que de la rejeter sur le propriétaire, surtout s'il y a lieu de penser que si elle étoit restée entre les mains de ce dernier, cet accident ne serait pas arrivé ». Et de renchérir : « Si l'on en décidait autrement, il en coûterait trop cher à celui qui s'est privé soi-même de son bien pour faire plaisir à quelqu'un »[35].

Pour sa part, Pothier réfute une semblable argumentation et dénonce en particulier l'existence du pacte tacite avancé par Pufendorf, lequel est, selon lui, « une pure supposition destituée de fondement »[36]. « Si le prêteur – ajoute-t-il – avait effectivement la volonté que l'emprunteur l'indemnisât des pertes de la chose, auxquelles le prêt pourrait donner occasion, il devait s'en expliquer avec l'emprunteur, lors du contrat : s'il ne l'a pas fait, il doit s'en prendre à lui-même ». Au demeurant, observe encore Pothier, « beaucoup de personnes aimeraient mieux ne pas emprunter une chose, que de se soumettre aux risques d'en porter la perte, qui arriverait sans leur faute… ». Partant, notre auteur estime qu'il convient de « s'en tenir, sur cette question, au principe des lois romaines »[37].

Encore faut-il bien évidemment que les conditions de la force majeure soient réunies. À cet égard, Pothier, se référant à Ulpien[38], cite le cas du commodataire

---

[33] *Œuvres de Pothier, op. cit.*, p. 21-22, n° 55.
[34] *Les devoirs de l'homme et du citoien tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle. Traduits du latin de feu Mr le Baron Pufendorf par Jean Barbeyrac*, Amsterdam, 1728, 4e éd., t. Ier, p. 246, note 2.
[35] *Elémens de droit naturel par Burlamaqui*, éd. Cotelle, Paris, 1820, p. 167.
[36] *Œuvres de Pothier, op. cit*., p. 23, n° 55.
[37] *Ibid*.
[38] Digeste, 13, 6, 5, 4 : *Si incendia vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur ; nisi fortè, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit*. Lors de la rédaction du Code civil, cette idée sous-tendra l'article 1882 selon lequel : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre ».

parvenu à sauver une partie de ses biens de sa maison frappée par la foudre où les choses prêtées ont en revanche péri dans les flammes[39]. En de telles circonstances, l'emprunteur engage sa responsabilité vis-à-vis de son cocontractant. Tenu au plus grand soin des choses prêtées, il a *ipso facto* méconnu son obligation en préférant protéger ses propres biens, même si leur valeur marchande était supérieure à celle des biens confiés en commodat. Quoi qu'il en soit, si dans l'incendie, le commodataire n'a pu sauver qu'à la hâte quelques effets au hasard, il ne saurait alors devoir rembourser le prêteur.

À l'inverse, il peut y être obligé pour avoir été à l'origine de l'accident ayant causé la perte de la chose prêtée, et ce alors que cet accident réunit a priori tous les caractères de la force majeure. Ainsi en est-il quand il survient alors que l'emprunteur se sert de la chose pour un usage manifestement non prévu. « Par exemple, écrit Pothier, si vous m'avez prêté ici (à Orléans) une chose pour m'en servir, et que, contre votre gré et à votre insu, je l'aie portée à la campagne, je suis responsable de tous les accidents de force majeure qui pourront lui arriver sur le chemin »[40]. Il en est de même du cheval capturé ou tué par des voleurs ayant attaqué le commodataire qui – pour gagner du temps – s'était imprudemment engagé avec sa monture sur un chemin de traverse au lieu de choisir une grande route sûre et fréquentée. L'emprunteur aurait également commis une faute s'il avait pris ce dernier itinéraire alors que la nuit tombait c'est-à-dire « à des heures dangereuses, après le jour failli », précise Pothier[41].

Malgré tout, l'appréciation de la négligence du commodataire demeure extrêmement contingente comme l'atteste cet arrêt du Parlement de Bourgogne du 12 juin 1617[42]. En l'espèce, le propriétaire d'un cheval se plaignait que son commodataire eût choisi de le lui rapporter au moment où des soldats battaient la campagne. L'affaire étant retranscrite de manière sibylline, on ne sait si l'animal fut tué ou volé par les gens de guerre. Toujours est-il qu'il a disparu à tout jamais au grand dam du prêteur. Et celui-ci de reprocher à l'emprunteur d'avoir fait montre d'une singulière désinvolture en prenant le risque inconsidéré de faire circuler un cheval alors qu'il avait connaissance de mouvements de troupe. Pour autant, les magistrats ont estimé que de telles circonstances suffisaient à exonérer le commodataire.

En revanche, celui-ci engage sa responsabilité lorsqu'il n'a pas voulu mettre en péril son propre bien préférant utiliser celui de son cocontractant auquel il n'a pas avoué posséder l'équivalent. « J'ai emprunté à mon ami un cheval de bataille pour le mener au combat, en lui taisant que j'en avais un ... Si ce cheval, que mon ami m'a prêté, est tué au combat, je dois être tenu de la perte… », déclare Pothier pour qui le commodataire a commis ici un véritable dol[43]. « Mais, poursuit notre auteur, si j'avais avoué de bonne foi à mon ami, en lui empruntant son cheval, que je le faisais pour sauver le mien du risque de combat, n'ayant pas le moyen d'en acheter un autre si je le perdais ; mon ami

---

[39] *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, p. 23, n° 56.
[40] *Ibid*., p. 24, n° 58.
[41] *Ibid*., p. 24, n° 57.
[42] Bouvot, *Arrests de Bourgogne*, t. II, Genève, chez Jacob Stoer, 1628, p. 793, question IV.
[43] *Œuvres de Pothier, op. cit.*, p. 24, n° 59.

ayant, en ce cas, voulu exposer son cheval aux risques du combat, s'il y était tué, je ne serais pas obligé de l'indemniser »[44].

Il en va tout autrement si l'accident de force majeure est survenu depuis que l'emprunteur a été mis en demeure de rendre la chose prêtée. De même, le commodataire est également obligé de rembourser le prêteur quand le premier s'est expressément engagé auprès du second à le dédommager de tous les cas de force majeure. « Cette convention n'a rien de contraire à l'équité », note Pothier[45]. Et d'affirmer : « Si l'emprunteur se charge de ce risque, il en reçoit le prix par l'usage de la chose qui lui est accordée ».

Cela étant, la question se pose également de savoir si l'emprunteur est censé prendre en charge l'accident de force majeure dès l'instant où la chose prêtée a été estimée à une certaine somme. « Les docteurs sont partagés », observe Pothier[46]. Et de citer Accurse et Bartole en faveur d'une telle assimilation sans oublier Domat lequel déclare effectivement : « S'il est fait une estimation de la chose prêtée entre celui qui prête et celui qui emprunte, pour régler ce que rendra celui qui emprunte ; s'il ne rend la chose, il sera tenu de cette valeur quand même la chose périrait par cas fortuit. Car celui qui prête de cette manière le fait pour s'assurer en toute sorte d'événemens, de recouvrer, ou la chose qu'il prête, ou cette valeur, si elle périt »[47].

Domat, comme les deux auteurs précédents, fonde principalement son raisonnement sur un passage d'Ulpien, extrait du titre VI « Des actions directe et contraire qui naissent du prêt à usage » du livre XIII du Digeste, plus précisément le paragraphe 3 du fragment 5. Le jurisconsulte romain, après avoir énoncé, au paragraphe 2, que, dans le prêt à usage, fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, celui-ci est tenu de la faute la plus légère, affirme au paragraphe suivant : *Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit* [Si la chose prêtée a été donnée avec estimation, toutes les pertes, de quelque manière qu'elles arrivent, sont aux risques de celui qui a promis de rendre la valeur de la chose]. Ici, les mots *omne periculum* viserait donc nécessairement la garantie des cas fortuits, sinon l'estimation n'ajouterait rien à l'obligation de l'emprunteur, lequel est en principe toujours tenu dans le commodat de la *levissima culpa*.

Cette interprétation est cependant vivement contestée par une partie de la doctrine, notamment Pothier. À l'en croire, l'emprunteur ne saurait être obligé par les accidents de force majeure si les parties au commodat n'en ont pas expressément convenu. Quant au droit savant, il convient de l'écarter, « les décisions des lois romaines n'ayant force de loi, dans nos provinces coutumières, qu'autant qu'elles sont trouvées conformes aux principes de droit naturel », rappelle Pothier[48]. Et de constater en outre : « Ulpien, après avoir dit en général, dans le § 2, que l'emprunteur est tenu de la faute la plus légère, dit que cela doit surtout avoir lieu, lorsque la chose prêtée a été

---

[44] *Ibid*., p. 25, n° 59.
[45] *Ibid*., p. 25, n° 61.
[46] *Ibid*., p. 25, n° 62.
[47] *Œuvres complètes de J. Domat*, éd. J. Rémy, t. Ier, Paris, 1828, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, première partie, liv. Ier, tit. V, sect. II, p. 229, n° 9.
[48] *Œuvres de Pothier*, *op. cit*., p. 26, n° 62.

donnée sous l'estimation d'une certaine somme »[49]. Dès lors, les accidents de force majeure ne seraient nullement concernés par ces dispositions. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'emprunteur ait souscrit clairement une obligation alternative : à savoir, ou rendre la chose ou en payer le prix.

*
* *

Largement inspirées du droit romain, les idées de Pothier sur le commodat seront en grande partie retenues par le Code civil de 1804 dont les articles 1875 à 1891 traitent du prêt à usage. Parmi ces dispositions, il en est cependant une qui prend l'exact contre-pied de notre auteur. « Si la chose prêtée a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire », énonce en effet l'article 1883. Lors de sa discussion devant le Tribunat en l'an XII, le tribun Bouteville, sans citer nommément Pothier, déclara : « Quelques jurisconsultes respectables ont… professé une doctrine contraire. À coup sûr ils auraient embrassé l'opinion consacrée par le projet, si, au lieu de s'opiniâtrer à vouloir expliquer le texte obscur et embarrassant d'une loi romaine, ils s'étaient bornés à consulter les lumières de la raison »[50].

Pour sa part, Troplong est d'un tout autre avis. « La raison vient-elle en aide aux rédacteurs de l'art. 1883, comme nous les avons vus s'en flatter ? À cet égard, des doutes sérieux remplissent mon esprit », écrit-il[51]. Et l'auteur de faire sienne la thèse de Pothier formulée à propos du commodat suivant laquelle l'estimation de la chose prêtée, sauf volonté contraire manifeste, est censée avoir été faite *intertrimenti causa duntaxat*. Autrement dit, celui qui reçoit la chose est seulement tenu d'en rembourser le prix ainsi établi en cas de faute de sa part. « Quoi qu'il en soit, déplore Troplong, la loi existe, nous devons nous y conformer »[52].

Didier VEILLON
Institut d'Histoire du droit (IHD – EA 3320)
Université de Poitiers

[49] *Ibid*., p. 27, n° 62.
[50] P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XIV, p. 459.
[51] Troplong, *Le droit civil expliqué selon les articles du Code*, t. XIV, « Du prêt », Paris, 1845, p. 103-104, n° 121.
[52] *Ibid*., p. 105, n° 121.