Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 54 (1935)

Artikel: Le contrat de soumission

Autor: Pury, Maximilien de / Cornu, Jacques

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895935

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Le contrat de soumission.

Par † Maximilien de Pury, avocat[1])
et Jacques Cornu, docteur en droit et avocat.

TABLE DES MATIÈRES.

		Page
	Bibliographie	42
	Introduction	43
I.	Définition (no. 1)	44
II.	Historique (nos. 2 et 3)	44
III.	Eléments du contrat de soumission (no. 4)	45
	1. Estimation de la marchandise (no. 5)	45
	2. Obligation alternative du soumissionnaire (no. 6)	46
	3. Droit de vendre la marchandise (no. 7)	46
	4. Délivrance de la marchandise au soumissionnaire (no. 8)	47
	5. Droit au bénéfice de la vente (no. 9)	47
IV.	Nature du contrat de soumission (nos. 10 et 11)	48
V.	Effets du contrat de soumission	49
	1. Droit de propriété (no. 12)	49
	2. Droit de disposition (nos. 13 et 14)	50
	3. Droit d'option (no. 15)	51
	4. Responsabilité des cas fortuits (no. 16)	51
	5. Profits et risques de la vente (nos. 17 et 18)	53
	6. Exigibilité de l'obligation du soumissionnaire (nos. 19 à 22)	54
	7. Demeure du soumissionnaire (nos 23 et 24)	55

---

[1]) Cette étude, présentée à l'occasion de la 69e Réunion de l'Ordre des Avocats neuchâtelois, le 16 juillet 1932, devait être publiée par son auteur, Me Maximilien de Pury. La mort de Me de Pury retarda la réalisation de ce projet. Les notes laissées par lui me furent confiées pour être ordonnées en vue de l'impression. J'ai pris la liberté de modifier sur certains points, par souci de clarté, le plan primitif qu'il avait adopté. Pour le surplus, je n'ai voulu que donner une expression adéquate à ses idées, tout en vérifiant et complétant les références et citations qu'il indiquait. J. C.

VI. Différences entre la soumission et certains contrats nommés 56
1. Mandat — Commission — Société (nos. 25 et 26) . 56
2. Vente à l'essai ou à l'examen (no. 27) 57
VII. Soumission et droit pénal (nos 28 et 29) 58
Conclusions (no. 30) 62

BIBLIOGRAPHIE.

Monsieur le Professeur Edouard Béguelin a revu et complété la partie bibliographique de notre travail. Qu'il veuille bien accepter l'expression de notre reconnaissance. M. de P. et J. C.

I. Législation.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten I 11 §§ 511 bis 526.
Österreichisches Gesetzbuch, art. 1086—1088.
Sächsisches Gesetzbuch, art. 1291—1294.
Hessischer Entwurf von 1842/53, art. 315—320.
Bayerischer Entwurf von 1861/62, art. 396—402.
Dresdener Entwurf von 1864/66, art. 727—731.

II. Doctrine.

Arnold, Eduard, Über den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission. Diss. Erlangen 1895/96.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. T. 2. Erlangen 1884.
Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts. No 1, pages 1 et ss. Erlangen 1852.
Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht. T. 1, pages 1—110. Jena 1851.
Cohn, Julius, Der Trödelvertrag. Thèse. Berlin 1890.
Friedrichs, Karl, Trödelvertrag und Conditios-Vertrag. Thèse. Breslau 1890.
Glum, Über die Gefahr beim Trödelvertrag. Diss. Berlin 1890.
Hirschberg, Georg, Der contractus aestimatorius und seine Bezeichnungen zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft und zur Verkaufskommission. Thèse. Göttingen 1897.
Jhering, Rudolf, Kritisches und exegetisches Allerlei. Jahrbücher T. 15, page 391.
Koch, Robert, Die rechtliche Natur des Trödelvertrages. Thèse. Strasbourg 1892.
Liebert, Siegfried, Beiträge zur Lehre vom Contractus Aestimatorius. Thèse. Berlin 1890.

Lipp, Franz, Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract. Thèse. Heidelberg 1880.
Naumann, Max, Der Trödelvertrag. Thèse. Fribourg, Munich 1902.
Reinhold, Der Trödelvertrag. Vienne 1884.
Schneemann, Theodor, Zur Lehre von der Entwickelung und der Natur des Contractus aestimatorius. Thèse. Erlangen 1897.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9e éd. Munich, Berlin, Leipzig 1929. T. II. IIIe partie, ad §§ 652 ss, page 1032 rem. no. 7.
Titze, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse. 3e éd. Berlin 1928.
Unger, Realcontracte im heutigen Recht. Jhering's Jahrbücher. T. 8, page 18.
Weidling, Das buchhändlerische Conditionsgeschäft. Berlin 1885.
Wendt, Otto, Jahrbücher für Dogmatik. Jena 1884. T. 10, cahier 3/5, page 377. No 3. De Aestimaria.
Wohlfarth, Der Trödelvertrag. Thèse. Göttingen, Magdeburg 1890.

III. Jurisprudence.

Tribunal de Commerce bernois: jugement du 21 juin 1923, publié en résumé dans la „Schweizerische Juristen-Zeitung" du 15 juillet 1924, à pages 25/26. (cf. aussi: ZBJV 60 page 243).
Tribunal cantonal neuchâtelois: jugement du 1 décembre 1930 dans la cause: Auto-Crédit-Bank c. Martini, non publié; jugement du 8 janvier 1929, dans la cause: Delétraz c. Hauser et fils, non publié.
Tribunal Fédéral: Arrêt du 22 juin 1921, dans la cause: Dillier c. Weber, RO 47 II 218 ss; JdT 1921 pages 498 ss.
Arrêt du 12 mars 1929, dans la cause: Delétraz c. Hauser et fils, RO 55 II 39 ss; JdT 1929 pages 322 ss.

Le contrat de soumission, nommé plus généralement contrat de consignation, est d'usage fréquent dans de nombreuses branches de l'activité économique: horlogerie, librairie, commerce des automobiles, particulièrement.

Il est cependant peu connu, au point de vue juridique, du fait qu'il a disparu des législations modernes.

Le juriste hésite, dès qu'une contestation surgit, sur les règles qui lui sont applicables. Si la soumission a quelques caractères des contrats de commission, de mandat, de prêt, de vente à l'essai ou à l'examen, d'autres lui manquent totalement.

Le juriste hésite. Quant au soumettant et au soumissionnaire, ils ignorent, dans la plupart des cas, l'étendue de leurs droits et de leurs obligations; ils manquent de base pour les déterminer.

Certains principes, cependant, sont propres au contrat de soumission. Nous tenterons de les dégager.

I. Définition.

1. La soumission est un contrat par lequel le soumettant confie au soumissionnaire, pour la vente, de la marchandise dont il conserve la propriété et dont la valeur a été estimée, à charge pour ce dernier, soit de lui en payer le prix d'estimation, s'il l'a vendue, soit de la lui restituer.

II. Historique.

2. Le contrat de soumission était connu des Romains, qui lui avaient consacré un titre au Digeste[2]) sous le nom de „vendendum dare"[3]).

Il fut également réglementé par plusieurs codes germaniques, en particulier par les codes prussien, autrichien et saxon. Le BGB l'ignora toutefois, bien qu'à la fin du siècle dernier les juristes allemands l'aient étudié dans

---

[2]) D. 19/3 De aestimatoria.

[3]) Le contrat de soumission est nommé: „contractus aestimatorius" dans la terminologie du droit commun; „Trödelvertrag" (littéralement: contrat de brocantage) dans la terminologie allemande; „contrat de consignation" en général, dans la terminologie française.

de nombreux travaux, discutant, sans d'ailleurs parvenir à un accord, tous les problèmes qu'il soulève.

Le Code civil français ne le connait pas.

3. En droit suisse, la soumission est un contrat innomé. Seules donc, d'après l'opinion dominante, les dispositions générales du Code des obligations lui sont applicables. La jurisprudence du Tribunal Fédéral en a fixé certains caractères qui permettent de construire une théorie avec certitude. Cela est appréciable, en raison de la variété des solutions proposées ou possibles.

III. Eléments du contrat de soumission.

4. L'analyse des éléments de la soumission permet de déterminer exactement les droits et obligations des parties contractantes; elle donne, en outre, un critère pour distinguer ce contrat d'autres, avec lesquels il est parfois confondu.

Ces éléments, essentiels et nécessaires, sont au nombre de trois, d'après l'opinion de presque tous les auteurs:

a) estimation de la marchandise,

b) obligation alternative du soumissionnaire de la restituer ou d'en payer le prix d'estimation,

c) droit, pour le soumissionnaire, de la vendre.

Nous voyons, quant à nous, un quatrième élément nécessaire à la perfection du contrat, dans la remise de la marchandise, par le soumettant au soumissionnaire.

5. L'estimation fixe d'avance la valeur de la marchandise remise en soumission; elle détermine ainsi l'une des deux prestations imposées alternativement au débiteur; elle est en général proposée par le soumettant, mais le soumissionnaire doit l'accepter, expressément ou tacitement, pour que le contrat soit réputé conclu[4]).

Lorsqu'elle a été fixée, d'entente entre parties, l'estimation demeure invariable. Le soumissionnaire n'en

---

[4]) Art. 2 al. 1 CO.

devra que la valeur, quel que soit le prix pour lequel il pourra vendre la marchandise; elle lui permet donc de calculer le bénéfice qu'il entend réaliser.

6. Le soumissionnaire a l'obligation:
— oubien de restituer au soumettant la marchandise reçue en soumission,
— oubien de lui en verser, après l'avoir vendue, le prix d'estimation.

Le deuxième élément essentiel du contrat réside ainsi dans le caractère alternatif de l'obligation du soumissionnaire.

D'après v. Tuhr[5]), l'obligation est alternative lorsque, comportant plusieurs prestations telles que l'une d'entre elles seulement doit être exécutée, la volonté du créancier ou du débiteur (d'un tiers éventuellement) décide laquelle doit être accomplie.

Cette obligation alternative ne doit pas être confondue avec la faculté alternative (alternative Ermächtigung). Dans ce cas, une seule prestation est due (prestation principale); le débiteur ou le créancier ont toutefois la faculté d'offrir ou d'exiger une autre prestation à titre de remplacement ou de compensation (prestation subsidiaire)[5]).

L'obligation alternative, elle, comprend deux prestations d'égale valeur juridique; le débiteur est en droit, dès lors, de se libérer entièrement par l'accomplissement d'une seule.

Ainsi, le soumissionnaire se libère entièrement, à l'égard du soumettant, soit en lui restituant la marchandise, soit en lui versant le prix d'estimation.

7. Le troisième élément essentiel du contrat — droit pour le soumissionnaire de vendre la marchandise — est une conséquence, tant de l'intention des parties que de la nature de la soumission; le soumissionnaire contracte dans l'espoir de réaliser un bénéfice; le soumettant, pour toucher le prix d'estimation.

---

[5]) Partie générale du Code des Obligations, page 67.

Le droit de vendre est justifié par le fait que le soumissionnaire se libère de toute obligation en payant le prix d'estimation; il lui suffit de payer — parfois même de déclarer qu'il paiera — pour pouvoir disposer librement de la marchandise.

S'il a le droit de vendre, le soumissionnaire n'est pas tenu d'entreprendre des démarches pour trouver acquéreur. Le contrat de soumission ne lui impose aucune obligation de ce genre; seule la perspective du gain à réaliser peut l'inciter à écouler la marchandise. Le droit de vendre n'est donc pas la conséquence d'un mandat, mais résulte d'une autorisation implicitement contenue dans le contrat. Sans lui, la soumission n'aurait aucune valeur économique.

8. La remise de la marchandise est, pour nous, un quatrième élément nécessaire de la soumission.

En effet, en admettant que le consentement suffise à parfaire le contrat, l'une des prestations de l'obligation alternative, celle de payer le prix d'estimation, serait due avant l'autre, celle de restituer la marchandise; cette dernière n'existerait qu'après la délivrance de l'objet, soit postérieurement à la conclusion du contrat. Une telle solution ne se conçoit pas, étant donnée la nature de l'obligation alternative: deux prestations d'égale valeur juridique doivent prendre naissance simultanément.

La remise de la marchandise est ainsi nécessaire à la perfection du contrat.

9. Brinz[6]) voit enfin un élément du contrat dans le droit du soumissionnaire de conserver la différence entre le prix d'estimation de la marchandise et le prix pour lequel il la vend.

A notre avis, ce droit — ainsi que le fait justement remarquer Hirschberg[7]) — n'est qu'une conséquence de la soumission et non pas un de ses éléments constitutifs;

---

[6]) op. cit. page 68.

[7]) op. cit. page 51.

il résulte, en effet, des relations du soumissionnaire avec le tiers acheteur, qui sont étrangères au soumettant.

IV. Nature du contrat de soumission.

10. La soumission, ignorée dans la partie générale du CO, est un contrat „sui generis", selon l'opinion dominante de la doctrine[8]).

Sur ce point Roguin[9]) écrit très justement: „Il faut abandonner entièrement cette fausse idée de vouloir à toute force ramener à une situation élémentaire une autre qui est plus compliquée. Il ne faut pas s'obstiner à ne voir . . . qu'une vente, un louage de service, un mandat ou une société dans le contrat de consignation (soumission). . . . Le plus compliqué, quoique formé des mêmes éléments que le plus simple, ne saurait s'y trouver contenu."

La soumission, parfaite par la remise de la marchandise, est un contrat réel. N'engendrant d'obligations qu'à la charge du soumissionnaire, elle est unilatérale: les articles 82, 83, 107, 108, 109 et 119 du CO ne lui sont pas applicables.

11. Le Tribunal Fédéral[10]), invoquant l'autorité de v. Tuhr[11]) a adopté cette solution, en spécifiant toutefois que la soumission est un contrat bilatéral imparfait: „Il met, à la vérité, des obligations à la charge des deux parties, mais lorsque le soumissionnaire restitue la chose, il ne fournit pas une contre-prestation, son acte est la conséquence de la remise de la chose et du fait qu'il ne paie pas le prix stipulé."

A notre avis, cette conception est insoutenable. Le Tribunal Fédéral, en indiquant que le soumissionnaire, s'il restitue l'objet, ne fournit pas une contre-prestation,

---

[8]) Théorie admise également par le Tribunal Fédéral: RO 55 II 42 ss.

[9]) La Règle de droit, pages 371—372 n° 206.

[10]) RO 55 II 42 ss.

[11]) Partie générale du CO page 127.

nie le caractère alternatif de son obligation. S'il est admis que les deux prestations d'une obligation alternative sont d'égale valeur juridique[12]), il est impossible de concevoir que le paiement du prix d'estimation soit une contre-prestation, mais non pas la restitution de l'objet (il en serait autrement dans l'hypothèse de la faculté alternative[13]).

V. Effets du contrat de soumission.

12. En doctrine[14]) il est généralement admis que le soumettant conserve la propriété de la marchandise en soumission, même s'il ne l'a pas expressément réservé. Il peut dès lors la revendiquer contre quiconque la détient sans droit (art. 641 al. 2 CCS). Cette solution est adoptée par le Tribunal Fédéral[15]).

Le soumissionnaire, ne devenant pas propriétaire de la marchandise qui lui est confiée, ne transfère un droit de propriété au tiers acheteur qu'en vertu d'une autorisation contenue dans le contrat[16]). Le soumettant,

[12]) v. Tuhr, op. cit. page 63.

[13]) v. Tuhr range dans la catégorie des „contractus bilaterales inaequales" les contrats entraînant bien des obligations pour les deux parties, mais n'ayant pas pour but un échange de prestations et cite en exemples, le prêt à usage, le prêt de consommation, le dépôt. Dans ces trois contrats, en effet, la restitution de l'objet n'est pas le but du contrat. En revanche, le but de la soumission est le paiement du prix d'estimation ou la restitution de la marchandise, au choix du débiteur. Celui-ci accomplit ainsi une contre-prestation dans les deux cas. op. cit. page 127.

[14]) Naumann, op. cit. page 53; Cohn, op. cit. page 61; Liebert, op. cit. pages 86/87.

[15]) RO 55 II 42 ss et les références: SJZ 1924 pages 25/26; ZBJV 57 page 279 et 60 page 243; Roguin, la Règle de droit, page 372.

[16]) Arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois dans la cause: Auto Crédit-Bank c. Martini, du 1 décembre 1930: „On ne peut évidemment céder que les droits que l'on possède soi-même. Or, en vertu de la consignation, Martini n'était pas propriétaire de l'automobile, dont elle n'a, du reste, jamais fait l'acquisition."

confiant la marchandise au soumissionnaire pour la vente, l'autorise implicitement à en transférer la propriété à un tiers.

13. Le soumissionnaire est en droit de disposer librement de la marchandise pour en permettre ou favoriser l'écoulement.

Le fait, cependant, de la donner, prêter, mettre en gage ou louer, nous parait contraire à l'intention du soumettant[17]).

14. Le soumissionnaire est tenu de restituer la marchandise dans l'état où il l'a reçue; il doit des dommages-intérêts en cas de détérioration.

Il ne profite pas, à notre avis, des améliorations qu'il y apporte dans le but de la vendre; c'est là une application du principe que le soumissionnaire n'a pas droit au remboursement des frais qu'il assume en cherchant à écouler la marchandise[18]). Le soumettant ne doit le prix des transformations de la marchandise que s'il s'est engagé expressément à le rembourser, et cela même s'il savait ou pouvait savoir que ces transformations étaient indispensables pour la vente[19]). Il ne saurait, en effet, être tenu de payer certaines sommes, en cas de restitution de la marchandise, qu'il n'aurait pas eu à débourser si elle avait été vendue.

---

[17]) Il en serait autrement si le droit d'option était parfait par simple déclaration de volonté du soumissionnaire; le prêt ou la mise en gage de la marchandise équivaudrait alors à une déclaration tacite du soumissionnaire qu'il veut la garder et en payer le prix d'estimation.

[18]) Le Tribunal Fédéral est d'opinion contraire: le soumissionnaire avait apposé, sur des calottes de montres en soumission, des verres et des cadrans, qui ne pouvaient être enlevés sans détérioration; le Tribunalf Fédéral a jugé, conformément à la décision du Tribunal cantonal neuchâtelois, que le soumettant devait au soumissionnaire le prix de ces accessoires. RO 55 II 42 ss.

[19]) contra: Arnold, op. cit. page 19.

15. Le droit d'option[20]), autrement dit de choisir quelle prestation de l'obligation alternative sera due, appartient, en principe, au soumissionnaire.

En fait, tant que la marchandise n'a pas été vendue, il est difficile d'admettre qu'une déclaration de volonté du soumissionnaire suffise pour concentrer l'obligation, dans tous les cas; ce ne sera vrai que s'il entend restituer la marchandise; s'il entend verser le prix d'estimation, le soumettant, demeurant propriétaire de la marchandise, pourra la revendiquer, tant qu'il n'aura pas été payé. Le choix du débiteur n'est ainsi parfait que par l'accomplissement d'une des prestations[21]).

Une solution différente permettrait au débiteur de supprimer, par une simple déclaration de volonté, unilatérale, le droit de propriété du soumettant, ce qui serait contraire à l'intention des parties.

Lorsque la marchandise a été vendue, en revanche, la prestation du débiteur se concentre, ipso facto, sur le paiement du prix d'estimation; la restitution de l'objet devient impossible.

16. Le soumissionnaire répond de toute faute. Si ce point est indiscutable, en revanche la question de savoir qui, du soumettant ou du soumissionnaire, supportera la perte de la marchandise par cas fortuit, est controversée.

---

[20]) En droit commun, l'option ne devenait parfaite que par l'exécution de la prestation. En droit moderne, elle résulte d'une déclaration unilatérale du débiteur, irrévocable dès qu'elle est portée à la connaissance du créancier, et qui concentre l'obligation sur la prestation choisie, l'autre prestation cessant d'être due. Cf. v. Tuhr, op. cit. pages 64/65; contra Becker, Commentaire, ad art. 72 CO rem. 7 et 8 qui parait s'en tenir à la théorie du droit commun.

[21]) Lorsque la soumission comporte plusieurs objets, le soumissionnaire peut naturellement en restituer une partie et payer le prix d'estimation des autres.

En principe, les risques sont toujours à la charge du soumettant, puisqu'il est propriétaire[22]; le caractère alternatif de l'obligation du soumissionnaire nous parait cependant imposer une exception[23].

Le soumissionnaire, s'il ne peut restituer la marchandise, n'en demeure pas moins débiteur du prix d'estimation. Peut-il éluder cette obligation en prouvant que l'objet a péri par cas fortuit?

La doctrine répond différemment à cette question, suivant que le contrat est conclu dans l'intérêt de l'une ou de l'autre partie:

Lorsque le soumissionnaire a provoqué la conclusion du contrat (n'ayant pas le moyen d'acheter la marchandise à compte ferme, par exemple), il est responsable de sa perte par cas fortuit et devra au soumettant le prix d'estimation[24].

En revanche, lorsque le soumettant a provoqué la conclusion du contrat (par désir de faire connaître et vendre sa marchandise, par exemple), le soumissionnaire ne répond du dommage survenu qu'en cas de faute de sa part[25].

Cette solution est équitable; il serait injuste, d'une part, de ne pas indemniser le soumettant en cas de perte de la marchandise, alors que le soumissionnaire, travaillant avec le capital d'autrui, retire tout l'avantage du contrat; il serait injuste, d'autre part, d'imposer au soumissionnaire la responsabilité du cas fortuit, si la marchandise périt, qu'il a bénévolement acceptée en soumission.

---

[22]) Code saxon, art. 1291, 1292; projet bavarois, art 398, 402; code autrichien, art. 1087; code prussien, art. 513, 515.

[23]) Liebert, op. cit. pages 86/87; Naumann, op. cit. page 53; Arnold, op. cit. page 24.

[24]) Arnold, op. cit. pages 28/29; Liebert, op. cit. pages 96/97, conformément à l'opinion de Windscheid et Dernburg.

[25]) Arnold, op. cit. pages 29/30; contra Lipp.

En pratique, il sera souvent difficile de déterminer quelle partie avait un intérêt prépondérant à la conclusion du contrat. La solution dépendra, dans chaque cas particulier, de la libre appréciation du juge[26]).

Le fardeau de la preuve est pour le soumissionnaire[27]); il devra établir, d'une part, que la marchandise a péri par cas fortuit et, d'autre part, que le soumettant a provoqué le contrat.

17. Le soumissionnaire, en vendant la marchandise, agit en son nom et pour son compte; quel que soit le résultat de l'affaire, qu'il vende à bénéfice ou à perte, il ne doit au soumettant que le prix d'estimation et n'a droit à aucune rémunération, ni au remboursement de ses frais.

Il court seul également le risque d'insolvabilité de l'acheteur; la créance qu'il acquiert contre ce dernier lui est personnelle; elle n'appartient à aucun titre au soumettant [28]).

En cas de faillite du soumissionnaire cependant, nous estimons l'article 202 L.P.[29]) applicable au contrat de soumission. Le soumettant pourra donc exiger la cession de la créance contre l'acheteur ou le versement du prix d'estimation. La masse aura droit en revanche, au bénéfice de la vente (différence entre le prix d'estimation et le montant dû ou payé par le tiers acheteur) qui appartient au failli.

18. Le soumissionnaire, agissant en son nom et pour son compte, est tenu de garantir l'acheteur en cas d'évic-

---

[26]) Liebert, op. cit. pages 112/113/114.

[27]) CCS art. 8.

[28]) RO 47 II 218 ss.

[29]) Lorsque le failli a vendu une chose appartenant à autrui et n'en a pas touché le prix avant l'ouverture de la faillite, le propriétaire a le droit d'exiger la cession de la créance contre l'acheteur ou la restitution du prix, s'il a été versé à la masse, le tout contre remboursement de ce qui peut être dû à celle-ci pour ladite chose.

tion totale ou partielle de la marchandise[30]). Il répond également des défauts qui lui enlèvent soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure, même s'il les ignorait[31]).

19. L'obligation alternative du soumissionnaire est exigible en tout temps, si le contrat n'a pas fixé de terme[32]).

Le Tribunal Fédéral en pose le principe en ces termes: „Sauf convention contraire, expresse ou résultant des circonstances, celui qui remet la marchandise en soumission a le droit d'exiger en tout temps que le soumissionnaire s'exécute" (art. 75 et 102 CO)[33]).

20. Le soumissionnaire, cependant, reçoit la marchandise pour la vendre; il serait donc inéquitable que les démarches faites à cet effet et les frais en résultant, soient rendus inutiles par l'exigence subite du soumettant d'en obtenir restitution.

Dès lors, il faut admettre qu'une convention tacite, „résultant des circonstances" existe dans tout contrat de soumission. Le soumettant ne pourra pas exiger la restitution de la marchandise durant un certain délai, nécessaire pour la vendre.

Ce délai „nécessaire" variera suivant la nature de la marchandise, les conditions économiques du marché, etc. Il sera plus court pour des journaux que pour des livres; plus long pour une automobile que pour du vin, envoyé en soumission à l'occasion d'un tir fédéral[34]).

21. La vente de la marchandise, en revanche, rend immédiatement exigible l'obligation de payer le prix

---

[30]) CO art. 192 ss.

[31]) CO art. 197 ss.

[32]) Arnold, op. cit. page 19. — Les codes prussien et autrichien et le projet bavarois exigeaient comme élément essentiel du Trödelvertrag la fixation d'un délai pendant lequel l'obligation alternative du soumissionnaire n'était pas exigible. Cf. Cohn, op. cit. page 62.

[33]) RO 55 II 42 ss.

[34]) Arnold, op. cit. pages 12/13; Hirschberg, op. cit. page 40; Cohn, op. cit. page 66.

d'estimation. Le soumissionnaire doit le verser, même s'il n'a pas touché encore ce qui lui est dû par l'acheteur, puisqu'il supporte seul les risques de la vente.

22. Lorsque la convention fixe un terme, l'obligation du soumissionnaire de payer le prix d'estimation n'est exigible qu'à l'expiration de ce terme, même si la marchandise a été vendue antérieurement. Il n'y a cependant pas de raison pour que le créancier en refuse le paiement anticipé. Nous pensons même que le débiteur aurait le droit de déduire un escompte[35]), spécialement si le prix d'estimation a été majoré, ce qui est souvent le cas[36]).

En ce qui concerne la marchandise, le soumissionnaire pourra, — à moins que les parties n'aient manifesté expressément une intention contraire, — exécuter en tout temps son obligation de la restituer (même dans le cas où le contrat a été conclu dans l'intérêt du soumettant)[37]), car il ne s'est pas obligé à la vendre ou à essayer de la vendre[38]).

23. La demeure du soumissionnaire permet au soumettant de réclamer des dommages-intérêts, conformément à l'article 103 CO, pour cause d'exécution tardive.

Il ne saurait, en revanche, résilier le contrat et réclamer des dommages-intérêts pour inexécution, l'article 107 CO n'étant pas applicable[39]).

24. Nous avons établi que le droit d'option n'appartient en aucun cas au soumettant[40]).

Dès lors, si le soumissionnaire est en demeure sans avoir opté pour l'une ou l'autre des prestations, la réclamation et l'action du soumettant auront nécessairement un contenu alternatif; il conclura, soit à la restitution de la marchandise, soit au paiement du prix d'estimation,

---

[35]) CO art. 81 al. 2.

[36]) Particulièrement dans le commerce d'horlogerie.

[37]) Arnold, op. cit. page 19.

[38]) CO art. 75.

[39]) N° 10 ci-dessus.

[40]) N° 15 ci-dessus.

au choix du débiteur. La condamnation sera, elle aussi, alternative. La poursuite, en revanche, ne pourra viser que l'une des deux prestations, mais le soumissionnaire aura toujours la faculté de se libérer en accomplissant l'autre.[41])

VI. Différences entre la soumission et certains contrats nommés.

25. Il peut être délicat, dans la pratique, de différencier la soumission de contrats tels que la commission, le mandat, la société, le prêt, le dépôt, la vente à l'essai ou à l'examen, si les parties ont stipulé des dispositions accessoires très analogues à celles d'un de ces contrats, si elles n'ont pas clairement manifesté leur intention, si enfin, elles ont employé des expressions inexactes pour exprimer leur volonté.

26. Juridiquement cependant, la distinction est nette:

Dans le mandat et la commission, le vendeur agit pour le compte du mandant ou du commettant, qui deviennent directement créanciers du prix de vente et supportent le risque d'insolvabilité de l'acheteur[42]). En outre, le mandataire a souvent droit à une rémunération; le commissionnaire, toujours à une commission.[43])

Dans la société, le vendeur agit pour le compte commun et les bénéfices de la vente sont partagés[44]).

---

[41]) RO 55 II 42 ss.

[42]) On peut être tenté de dire que le soumissionnaire a mandat de vendre. L'emploi de cette expression ne saurait toutefois donner à la soumission le caractère juridique du mandat; il s'agit, en effet, plus exactement, d'une autorisation de vendre. De même l'expression „marchandises remises en dépôt" ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat de dépôt.

[43]) RO 55 II 42 ss.

[44]) RO 55 II 43: Le „contractus aestimatorius" n'est pas davantage un contrat de société simple, qui suppose que les parties conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en

Aucun des éléments essentiels de ces trois contrats n'existe dans la soumission: le soumissionnaire agit pour son propre compte et n'a droit à aucune rémunération; le soumettant ignore généralement le tiers acheteur, avec lequel il n'a aucune relation juridique ou économique.

27. Dans la pratique, l'expression „envoi en soumission" exprime couramment l'idée d'„envoi à l'essai ou à l'examen", en vue de vente. D'où confusion entre les contrats de soumission et de vente, qui diffèrent cependant par plusieurs points[45]):

L'essai ou l'examen de la marchandise, dans la vente, se fait soit chez le vendeur, soit chez l'acheteur; la marchandise, dans la soumission, doit toujours être remise au soumissionnaire.

La vente à l'essai ou à l'examen se conclut sous condition suspensive: tandis que le vendeur est lié dès la remise de la marchandise, l'acheteur ne l'est qu'après avoir exprimé, expressément ou tacitement, sa volonté de la garder. La vente est réputée parfaite dès que l'acheteur déclare agréer la marchandise ou en dispose autrement qu'il n'est indispensable pour en faire l'essai; dès ce moment, il ne saurait plus la restituer.

Le soumissionnaire, en revanche, lié dès la réception de la marchandise, peut prendre toutes dispositions nécessaires pour la vendre, lui faire même subir des transformations à cet effet, sans perdre le droit de la restituer.

A défaut d'un délai déterminé, fixé par la convention ou par l'usage, le vendeur a le droit, après un laps de temps convenable, de sommer l'acheteur de prendre parti. Si ce dernier ne le fait pas immédiatement, oubien le vendeur cesse d'être lié, lorsque l'examen doit se faire

---

vue d'atteindre un but commun (art. 530 al. 1 CO). Le consignataire (accipiens) ne joint ni ses efforts, ni ses ressources à ceux du cocontractant. Il est libre de restituer la chose ou bien de la vendre ou de la garder en payant au consignateur (dans) le prix convenu (cf. Naumann, op. cit. page 20).

[45]) RO 55 II 44 à 47.

chez lui, oubien la vente est réputée parfaite, lorsque la marchandise a été remise à l'acheteur, avant l'examen.

Sauf convention contraire, expresse ou résultant des circonstances, le soumettant a le droit d'exiger en tout temps que le soumissionnaire exécute son obligation[46]). Ce dernier, s'il ne le fait pas immédiatement, est en demeure et doit réparer le dommage qui en résulte, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable; il ne renonce pas, pour autant, au choix qui lui appartient, de payer le prix d'estimation ou de restituer la marchandise.

Si donc, dans la vente à l'essai ou à l'examen, le silence de l'acheteur, après la sommation, peut s'interpréter soit comme une renonciation, lorsque la marchandise est encore entre les mains du vendeur, soit comme une acceptation, lorsqu'elle lui a été remise à l'examen, aucune présomption de cette nature ne s'impose dans le cas de la soumission.

Enfin, dans la vente à l'essai ou à l'examen, le vendeur supporte les risques tant que l'acheteur n'a pas agréé la marchandise.

Dans la soumission, les risques sont à la charge du soumissionnaire, s'il a provoqué la conclusion du contrat[47]).

VII. Soumission et droit pénal.

28. Jugeant l'affaire Delétraz c. Hauser et fils[48]), le Tribunal cantonal neuchâtelois a déclaré que si le soumissionnaire viole l'une ou l'autre des obligations assumées, — paiement du prix d'estimation, lorsqu'il a disposé de la marchandise; restitution de celle-ci, lorsqu'il ne parvient pas à la vendre, — le soumettant est en droit de déposer contre lui plainte pénale pour détournement.

A notre avis, cette conception est erronée.

---

[46]) N° 19 ci-dessus.

[47]) N° 16 ci-dessus.

[48]) Jugement du 8 janvier 1929, non publié.

Le détournement, par le soumissionnaire, à son profit personnel, du prix d'estimation ou de la marchandise, apparait bien, en fait, comme une sorte d'abus de confiance. Mais en droit pénal neuchâtelois, le seul article applicable à l'abus de confiance[49]) énumère limitativement les contrats qui peuvent donner lieu à ce délit, et qui sont: le louage, le dépôt, le mandat, le nantissement, le prêt à usage, la vente avec réserve de propriété suivant pacte inscrit conformément à l'article 715 du code civil, enfin, les contrats ayant trait à l'exécution d'un travail, salarié ou non, sur l'objet confié dans ce but au délinquant.

Cette énumération ignore la soumission. L'article 385 C.P.N. ne pourrait dès lors permettre de réprimer la violation des obligations qu'elle constate que si elle était une forme de mandat. Or, nous avons établi[50]), qu'elle se distingue essentiellement de ce dernier contrat.

Le soumettant est ainsi privé de toute action pénale contre le soumissionnaire indélicat, qui ne veut ou ne peut rendre la marchandise, ou en payer le prix d'estimation[51]).

Monsieur le Procureur général Albert Calame, dans une lettre du 12 décembre 1905 au Secrétaire général de la Chambre cantonale du Commerce[52]), arrive à la même conclusion, en assimilant, il est vrai, la soumission à une vente à l'essai ou à l'examen:

---

[49]) C.P.N. art. 385.

[50]) N° 26 ci-dessus.

[51]) Arrêt du 26 mai 1922 de la Cour de Cassation pénale neuchâteloise, dans l'affaire Schupisser, non publié: „considérant:... que les contrats qui peuvent donner lieu au délit d'abus de confiance sont limitativement énumérés à l'article 385 CP; que si la consignation peut être considérée comme une forme de contrat de mandat, l'un de ceux que l'article 385 CP énumère, en revanche le terme de soumission n'a aucun sens bien précis, et signifie le plus souvent un envoi de marchandises à choix, une offre de vente, ce qui ne saurait être assimilé à un mandat . . ."

[52]) Fédération Horlogère Suisse, du 14 décembre 1905, 20ème année, n° 99.

„. . . Les fabricants d'horlogerie qui livrent des marchandises en soumission n'ont aucune action pénale contre ceux de leurs soumissionnaires qui les ont gardées et qui sont dans l'impossibilité de les payer, pas plus, du reste, que contre ceux qui les ont réalisées à leur profit, . . .

. . . En revanche, s'ils ont conclu un contrat de commission ou de consignation, c'est-à-dire s'ils ont chargé une personne d'opérer pour leur compte, et moyennant un droit de commission, la vente de leurs montres, et qu'ils ne puissent obtenir le prix de celles-ci, ni leur restitution, ils ont le droit de déposer une plainte en abus de confiance contre leur commissionnaire, car la commission est un véritable mandat, dont la violation donne ouverture à l'action pénale, suivant les dispositions de l'article 385 du Code pénal.

En résumé, les remises de marchandises faites en vertu d'un contrat de commission ou de consignation, tel qu'il vient d'être défini, sont protégées par la loi pénale, tandis que celles qui sont faites en soumission ne jouissent que d'une action civile . . ."

Dans la pratique, les autorités pénales ont ainsi à distinguer la commission de la soumission, dans tous les cas de détournements de marchandises confiées au prévenu:

L'action pénale n'est admise que si le contrat conclu entre parties a les caractéristiques d'un contrat de commission[53]); elle est exclue dans le cas du contrat de soumission[54]).

---

[53]) La commission est, en fait, une espèce de mandat, puisque le commissionnaire agit pour le compte du commettant.

[54]) La clause par laquelle le soumissionnaire s'engage à vendre la marchandise „au profit" du soumettant ne transforme pas, à elle seule, le contrat de soumission en un mandat; il faut encore que l'intention des parties, ou la nature de l'affaire, puisse faire admettre que le soumettant entendait devenir créancier du tiers acheteur et supporter les profits et les risques de la vente.

29. Aux termes de l'article 198 du Code pénal vaudois[55]), se rend coupable d'abus de confiance „celui qui s'approprie une chose qu'il sait ne pas lui appartenir ou qui en dispose d'une manière illégitime, lorsque cette chose lui a été confiée ou qu'elle se trouve en sa possession à charge de la restituer ou d'en faire un emploi déterminé."

Aux termes de l'article 122 du projet de Code pénal fédéral[56]), se rend coupable d'abus de confiance „celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée."

Ces deux dispositions accordent une certaine protection au soumettant; elles lui permettent de poursuivre par la voie pénale le soumissionnaire dans la mesure où celui-ci s'approprie la marchandise qui lui a été confiée, sans en payer la contre-valeur. Elles sont inefficaces, en revanche, si le soumissionnaire, après avoir vendu la marchandise, dispose de la somme encaissée (ainsi qu'il en a le droit d'ailleurs[57])), mais refuse de verser au soumettant le prix d'estimation.

Seule une disposition pénale spéciale, dont le texte devrait être serré pour éviter toute intervention abusive dans le domaine des obligations civiles, permettrait de réprimer les actes délictueux de soumissionnaires indélicats.

Nous la formulerions comme il suit:

Celui qui, avec l'intention de ne pas les rendre ou d'en conserver la contre-valeur, se fait remettre des marchandises en soumission et ne les restitue pas ou n'en paie pas le prix d'estimation, après avoir été mis en demeure de s'exécuter dans un délai convenable, est puni . . .

---

[55]) Code pénal vaudois du 17 novembre 1931, entré en vigueur le 1 juillet 1932.

[56]) Projet du 23 juillet 1918.

[57]) N° 17 ci-dessus.

Conclusions.

30. L'emploi de la soumission, dans les relations commerciales, répond à une nécessité[58]). Elle offre au soumettant des occasions d'écouler sa marchandise; elle équivaut, pour le soumissionnaire, à l'octroi d'un crédit.

Cet emploi fréquent rend dès lors indispensable une stricte délimitation des droits et obligations de chaque partie. D'autant plus indispensable que les notions généralement admises sur ces points sont imprécises, de même que les formules utilisées pour situer le contrat.

A titre d'exemples, en voici quelques-unes, qui autorisent toutes les interprétations:

„Marchandises remises en dépôt chez N., et restant la propriété de la Maison . . . ., pour être vendues à son profit."

* * *

„Confié à N. les marchandises suivantes, qui restent notre propriété jusqu'à retour ou doivent être vendues à notre profit . . ."

* * *

„Confié à N., en consignation pour . . . jours, soit jusqu'au . . . les marchandises suivantes, qui restent notre propriété, jusqu'à retour ou échange de la présente fiche contre une facture: . . .

NB. Pour recevoir décharge de la présente soumission, il est nécessaire de présenter cette fiche avec votre réponse.

---

[58]) Les contrats de soumission sont fréquemment conclus par les commerçants en horlogerie qui n'ont pas le moyen de constituer des réserves importantes de marchandises, d'immobiliser des capitaux de ce fait (en un temps où l'argent immédiatement disponible est rare), et de courir le risque de mévente, inhérent aux variations de la mode.

Après le . . . il nous est facultatif de reprendre les marchandises.“

* * *

„Confié à N.

En consignation pour . . . soit jusqu'au . . . les marchandises suivantes, qui restent notre propriété jusqu'au retour ou échange de la présente fiche contre une facture:

. . . . .

Après cette date, nous nous réservons le droit de facturer les marchandises à compte ferme.

Les marchandises facturées d'une soumission sont payables au comptant net et sans escompte.

Aucune réclamation ne sera admise si elle n'est pas faite dans la huitaine après réception de la marchandise.“

Ces textes sont insuffisants.

En résumé de notre étude, nous proposons dès lors, pour limiter le nombre des contestations possibles entre soumettant et soumissionnaire, la formule suivante:

„Confié à N.

à ses risques,

en soumission pour . . . soit jusqu'au . . .

les marchandises suivantes: . . . estimées à fr. . . . . qui restent notre propriété.

Après le . . . . nous nous réservons le droit de réclamer soit le paiement comptant, net et sans escompte, du prix d'estimation, soit le retour des marchandises.

N. est autorisé à vendre, à ses risques et périls, les marchandises énumérées; dans ce cas, le prix d'estimation sera immédiatement exigible, net et sans escompte.“

En outre, suivant la nature de l'affaire, le soumettant aura intérêt à exiger du soumissionnaire des garanties, telles qu'un cautionnement, par exemple, ou la prise d'une assurance pour couvrir les risques de perte et de

détérioration de la marchandise. Il pourra spécifier également qu'il ne supportera pas les frais de transformations nécessaires pour sa mise en vente.

Addenda.

Dans un arrêt du 27 septembre 1932, dans la cause Bataillard et Cie c. Métrailler (RO 58 II 350), le Tribunal fédéral, examinant un prétendu contrat de consignation de vins destinés à être revendus, constate que l'assimilation du contractus aestimatorius à une vente conclue sous la condition potestative suspensive de la non restitution (RO 47 II 218) est une construction artificielle. Il confirme ainsi la théorie de la soumission exposée dans l'arrêt du 12 mars 1929, dans la cause Delétraz c. Hauser et fils (RO 55 II 42).