

Giuseppe Donatiello

Responsabilité du  
débiteur : de la  
délégation à  
l'organisation de  
l'exécution des  
obligations

Codifications supranationales récentes  
(CVIM, Principes d'UNIDROIT,  
Principes européens) et Code des  
obligations suisse

Faculté de droit  
de Genève

Schulthess §  
EDITIONS ROMANDES

GG  
Collection  
Genevoise

Giuseppe Donatiello

Responsabilité du débiteur : de la délégation à  
l'organisation de l'exécution des obligations



Faculté de droit de Genève

Giuseppe Donatiello

Responsabilité du  
débiteur : de la  
délégation à  
l'organisation de  
l'exécution des  
obligations

Codifications supranationales récentes  
(CVIM, Principes d'UNIDROIT,  
Principes européens) et Code des  
obligations suisse

Thèse n° 794 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2010

ISBN 978-3-7255-5986-2 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle  
ISSN Collection genevoise 1661-8963

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## Remerciements

Je remercie vivement le Professeur Gilles Petitpierre de m'avoir dirigé tout au long du travail de thèse. Par ses suggestions et par la considération qu'il a portée à mes recherches, il m'a encouragé à les poursuivre.

Les Professeurs Christine Chappuis et Luc Thévenoz de la Faculté de droit de l'Université de Genève, ainsi que les Professeurs Ewoud Hondius de l'Institut Molengraaff pour le droit privé de l'Université d'Utrecht et Pascal Pichonnaz de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg m'ont fait l'honneur de critiquer mon travail et de faire partie du jury auquel il a été soumis. Je tiens à leur exprimer toute ma reconnaissance.

Ma gratitude va également aux Professeurs Bénédicte Foëx et Bénédicte Wigner de la Faculté de droit de l'Université de Genève, ainsi qu'à la Professeure Ariane Morin de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, qui ont montré de l'intérêt pour mes recherches et m'ont fait bénéficier de leurs conseils.

Mes remerciements vont, en outre, au Fonds national suisse de la recherche scientifique, qui m'a soutenu financièrement lors de mon séjour à l'Institut Molengraaff pour le droit privé de l'Université d'Utrecht.

Ils s'étendent à tous les enseignants, chercheurs et membres du personnel de la Faculté (actuels et passés) pour la qualité du cadre dans lequel j'ai conduit mon travail et leur amitié, en particulier, aux secrétaires du département pour leur grande disponibilité. Mme Hildegard Stauder, chargée d'enseignement, Mme Ersilia Gianella, titulaire du brevet d'avocat et assistante, ainsi que Me Olivier Kronegg, m'ont fait l'amitié de relire l'intégralité du manuscrit ou des parties à un moment ou à un autre. Puissent-ils trouver ici l'expression de ma très grande reconnaissance pour leur aide.

Je remercie les associés de l'Etude d'avocats Waeber Membrez Brucher, qui m'emploient, pour m'avoir accordé la disponibilité nécessaire en vue de la finalisation du manuscrit après la soutenance de thèse.

Mes remerciements vont encore à mon frère et à mes parents dont le soutien ne m'a jamais manqué.

Je dédie cette étude à ma femme, Emma, qui a partagé l'aventure de la thèse doctorale avec moi.



## Préface

Le droit doit être prévisible pour que ses destinataires puissent conformer leur conduite à ses règles. Il doit aussi impérativement s'adapter aux besoins changeants d'une société en évolution. La résolution des tensions entre ces exigences relève du législateur. S'il recule devant la difficulté, comme c'est le cas en Suisse dans la domaine de la responsabilité du débiteur d'une obligation, c'est à la doctrine et à la jurisprudence de pallier sa passivité. Elles doivent ce faisant veiller à prévenir le risque de l'insécurité juridique lié à la dispersion et à l'hétérogénéité des opinions et des décisions et se soumettre à une discipline rigoureuse. Discipline ancrée à la fois dans la connaissance de la substance effective et des potentialités de la législation vieillissante d'une part, dans la maîtrise de la problématique telle qu'elle s'exprime en particulier dans les travaux internationaux d'harmonisation et de codification du droit des contrats, d'autre part.

L'ouvrage de M. Donatiello s'inscrit parfaitement dans cette perspective exigeante. Il part du constat que la diligence personnelle du débiteur et la délégation de l'exécution à un auxiliaire s'effacent de plus en plus derrière la pertinence de l'organisation des activités tendant à l'exécution par le débiteur de son obligation. Le système bipartite de notre Code supposant soit une faute du débiteur, soit le comportement d'un auxiliaire qu'il faudrait qualifier de fautif s'il était celui du débiteur lui-même ne rend plus compte de l'ensemble de la réalité contemporaine dominée par l'entreprise.

Le régime introduit dans notre droit par la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises sert de point d'appui à l'auteur pour établir une première comparaison avec la partie générale de notre droit des obligations. Et il exploite, d'une façon particulièrement éclairante, le contenu de la preuve libératoire offerte au débiteur pour définir en négatif sa responsabilité.

L'auteur fait apparaître que malgré la différence des textes, les contenus ne sont pas fondamentalement incompatibles si l'on prend la peine de rechercher les motifs respectifs de notre système bipartite et de celui de la CVIM. Sa lecture des art. 68 et 101 CO est particulièrement éclairante dans cette optique.

La controverse sur le caractère objectif ou subjectif de la faute perd pratiquement toute pertinence si on donne sa juste place, prépondérante, à la perspective du créancier qui est en droit d'obtenir du débiteur qu'il mette en œuvre tous les moyens adéquats en vue d'exécuter correctement ses obligations, en conformité avec la théorie générale de la formation du contrat.

Le critère de la sphère d'influence du débiteur pour admettre ou exclure sa responsabilité n'est ainsi pas fondamentalement étranger au régime bien compris de notre Code.



La comparaison avec les textes des projets d'harmonisation de la réglementation des contrats en général confirme les acquis de la confrontation entre CVIM et CO.

La rigueur du raisonnement donne à cet ouvrage beaucoup de force et de solidité. Cela a impliqué un certain nombre de répétitions dont le lecteur se convaincra qu'elles ne sont pas gratuites mais qu'elles facilitent son cheminement dans l'architecture logique voulue par l'auteur qui a veillé systématiquement à donner les renvois internes facilitant la lecture.

Cet ouvrage est une démonstration réussie. L'auteur a consacré l'essentiel de ses recherches et de son érudition à faire apparaître les convergences qui se dessinent pour régler la responsabilité du débiteur dans la société d'aujourd'hui. Il a bâti sur une analyse rigoureuse une proposition de synthèse féconde et convaincante.

Gilles Petitpierre

« **Sed quis custodiet ipsos custodes ?** »

(Juvénal, poète satirique latin)

« *Mais les gardiens, eux, qui les gardera ?* »

« **Welcher Gläubiger möchte sich mit dem begnügen,  
was Robinson Crusoe zu leisten vermöchte ?** »

(Karl Spiro, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Bâle)



# Sommaire

Remerciements	V
Préface	VII
Sommaire	XI
Table des matières	XIII
Table des abréviations	XXIII
Table des ouvrages cités	XXVII
<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>I. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises</b>	<b>15</b>
1. Description de la réglementation	17
2. Caractéristiques de la réglementation	68
<b>II. Considérations comparatives sur la preuve libératoire à la disposition du débiteur</b>	<b>86</b>
1. La raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers	86
2. La preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires	124
<b>III. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen du contrat</b>	<b>179</b>
1. Description des réglementations	185
2. Caractéristiques des réglementations	259
<b>IV. Considérations comparatives sur le système bipartite de la responsabilité du débiteur</b>	<b>282</b>
1. L'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations	283
2. La construction législative par laquelle le débiteur répond pour des auxiliaires	324
<b>Conclusion</b>	<b>371</b>
Index des mots-clé	381
Index des lois (et normes) citées	417



# Table des matières

Remerciements	V
Préface	VII
Sommaire	XI
Table des matières	XIII
Table des abréviations	XXIII
Table des ouvrages cités	XXVII
<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>I. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises</b>	<b>15</b>
<b>1. Description de la réglementation</b>	<b>17</b>
1.1. L'inexécution causée par le créancier (art. 80 CVIM)	18
1.1.1. La raison d'être de la déchéance des droits	19
1.1.2. Le champ d'application de l'art. 80 CVIM	19
1.1.3. Les conditions	20
A. <i>Un acte imputable au créancier</i>	21
B. <i>Une cause pertinente de l'inexécution</i>	21
1.1.4. Les effets	25
A. <i>Sur les droits du créancier</i>	25
B. <i>Sur les droits du débiteur</i>	27
1.1.5. Le fardeau de la preuve	28
1.2. La prétention en dommages-intérêts (art. 74 à 77 CVIM)	28
1.2.1. Les conditions	30
A. <i>En général</i>	30
B. <i>L'inexécution</i>	31
1.2.2. L'indemnité due	32
A. <i>La règle générale (art. 74 CVIM)</i>	32
B. <i>Le calcul concret après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 75 CVIM)</i>	33
C. <i>Le calcul abstrait après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 76 CVIM)</i>	33
D. <i>Le devoir de limiter le dommage (art. 77 CVIM)</i>	35
1.2.3. Les aménagements contractuels	37
A. <i>La validité des clauses contractuelles relatives à la responsabilité pour inexécution</i>	38
B. <i>Le rapport avec le régime prévu par la Convention</i>	38
1.3. L'exonération de la responsabilité (art. 79 CVIM)	40

1.3.1.	La raison d'être de l'exonération	41
1.3.2.	Le champ d'application de l'art. 79 CVIM	42
	<i>A. En général</i>	42
	<i>B. La livraison de marchandises défectueuses</i>	43
	<i>C. L'inexécution d'une obligation de moyens</i>	44
	<i>D. La contravention à une incombance</i>	45
	<i>E. L'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale</i>	46
1.3.3.	Les conditions générales de l'exonération (art. 79 al. 1 CVIM)	47
	<i>A. Un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur</i>	47
	<i>B. Un empêchement imprévisible au moment de la conclusion du contrat</i>	51
	<i>C. Un empêchement et des conséquences (inévitables et) insurmontables</i>	53
1.3.4.	Le cas particulier du tiers chargé d'exécuter tout ou partie du contrat (art. 79 al. 2 CVIM)	55
	<i>A. L'art. 79 al. 2 CVIM par rapport à l'art. 79 al. 1 CVIM</i>	55
	<i>B. Le champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM</i>	58
	<i>C. Les conditions de l'exonération dans le cas particulier</i>	62
	<i>D. La position controversée du fournisseur et du fabricant</i>	62
1.3.5.	Les effets	65
	<i>A. L'effet libératoire sur l'obligation inexécutée</i>	65
	<i>B. L'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations (art. 79 al. 5 CVIM)</i>	66
	<i>C. L'obligation d'avertir (art. 79 al. 4 CVIM)</i>	66
1.3.6.	Le fardeau de la preuve	67
<b>2.</b>	<b>Caractéristiques de la réglementation</b>	68
2.1.	Caractéristiques de la responsabilité du débiteur	69
2.1.1.	Une formulation détaillée	69
	<i>A. L'utilité d'une formulation détaillée</i>	69
	<i>B. Le cas particulier de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM</i>	70
	<i>C. Une lecture de l'art. 79 al. 1 CVIM distinguant le contenu original des simples explicitations</i>	72
2.1.2.	Une responsabilité objective, quoique limitée	72
	<i>A. Une responsabilité objective</i>	73
	<i>B. Une responsabilité avec des limites</i>	73
2.1.3.	Une exonération possible, bien que difficile	74
	<i>A. Une preuve libératoire à la disposition du débiteur</i>	74
	<i>B. La flexibilité du régime</i>	74
	<i>C. La sévérité du régime</i>	76
2.1.4.	Un manque d'intelligibilité immédiate	77
2.2.	Caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui	79
2.2.1.	Une imputation implicite en matière de responsabilité	79

A. <i>L'imputation implicite du fait d'autrui</i>	79
B. <i>L'art. 79 al. 1 CVIM en tant que norme générale et unique</i>	80
2.2.2. Une idée sous-jacente à vocation générale	81
<b>II. Considérations comparatives sur la preuve libératoire à la disposition du débiteur</b>	86
<b>1. La raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers</b>	86
1.1. Sur la base d'une lecture des dispositions légales	88
1.1.1. L'art. 97 al. 1 CO : la prévalence de l'optique du créancier	88
A. <i>Le texte légal</i>	89
B. <i>Le fonctionnement de la norme</i>	89
1.1.2. L'art. 68 CO : la liberté du débiteur dans l'exécution	91
1.1.3. La raison d'être résultant d'une lecture du système légal	93
1.2. Deux assertions tirées de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité	93
1.2.1. La création par le débiteur d'un danger d'inexécution	95
A. <i>Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO</i>	95
B. <i>Légitimité de cette indifférence</i>	96
C. <i>Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être</i>	97
1.2.2. La possibilité pour le débiteur d'exiger des sûretés	97
A. <i>Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO</i>	98
B. <i>Légitimité de cette indifférence</i>	99
C. <i>Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être</i>	99
1.3. Deux assertions doctrinales	100
1.3.1. Souffrir les inconvénients en contrepartie de la jouissance matérielle des avantages par le débiteur	101
A. <i>Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO</i>	101
B. <i>Légitimité de cette indifférence</i>	103
C. <i>Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être</i>	104
1.3.2. La responsabilité en compensation de la faculté pour le débiteur de recourir à des tiers	104
1.4. Synthèse, comparaison et considérations finales	106
1.4.1. Synthèse	106
1.4.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes	111
1.4.3. Les raisons du système légal : l'importance de l'existence d'une obligation préalable	113
1.4.4. Critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO	116
A. <i>Des règles de droit dépassées</i>	117
B. <i>Indications pour des nouvelles règles de droit</i>	120



<b>2. La preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires</b>	124
2.1. La preuve libératoire en général	125
2.1.1. Le critère en général	126
2.1.2. Une preuve libératoire à contenu matériel variable	127
2.2. La preuve libératoire lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur la faute (art. 97 al. 1 CO)	131
2.2.1. Mise au point du critère dans ce contexte	131
2.2.2. Le degré de la diligence due	132
A. <i>L'absence de faute subjective du débiteur</i>	133
B. <i>L'objectivation de la faute</i>	134
C. <i>Les indices permettant de reconnaître l'objectivation de la faute</i>	137
D. <i>La grande fréquence de l'objectivation de la faute</i>	141
2.2.3. Quelques situations particulières	144
A. <i>Un auxiliaire moins compétent que le débiteur</i>	144
B. <i>Un auxiliaire plus compétent que le débiteur</i>	145
C. <i>Un auxiliaire incapable de discernement</i>	148
2.3. La nature juridique de la preuve libératoire	150
2.3.1. En général	151
2.3.2. Lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur la faute (art. 97 al. 1 CO)	152
2.4. Synthèse, comparaison et considérations finales	153
2.4.1. Synthèse	153
2.4.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes	157
A. <i>Similitude de la structure des régimes</i>	157
B. <i>Similitude de la preuve libératoire prévue par les régimes</i>	157
C. <i>Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui</i>	158
D. <i>Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur pour son propre fait</i>	160
E. <i>Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation</i>	162
F. <i>Comparabilité des régimes</i>	169
G. <i>Sévérité des régimes</i>	173
2.4.3. Portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur	176

<b>III. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen du contrat</b>	179
<b>1. Description des réglementations</b>	185
1.1. La notion centrale : l'inexécution (art. 7.1.1 PU et 1:301 al. 4 PE)	188
1.1.1. La définition large et unitaire de l'inexécution	188
1.1.2. L'unité du régime de responsabilité	189
A. <i>En général</i>	189
B. <i>Indifférence de la source de l'obligation inexécutée</i>	191
C. <i>Indifférence du moment de la survenance de l'empêchement</i>	192
D. <i>Indifférence des qualifications d'obligation de résultat ou d'obligation de moyens</i>	193
1.1.3. Le cas particulier de l'exécution confiée à un tiers (art. 8:107 PE)	194
A. <i>L'imputation au débiteur des actes d'un tiers</i>	194
B. <i>Le tiers dont les actes sont imputés au débiteur</i>	195
1.2. L'inexécution causée par le créancier (art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE)	199
1.2.1. La raison d'être de la déchéance des droits	201
1.2.2. Les champs d'application des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU et des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE	201
A. <i>Le champ d'application général (art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE)</i>	201
B. <i>Le champ d'application de l'art. 7.4.7 PU</i>	202
C. <i>Le champ d'application de l'art. 9:504 PE</i>	203
1.2.3. Les conditions	204
A. <i>Un acte imputable au créancier</i>	204
B. <i>Une cause pertinente de l'inexécution</i>	205
1.2.4. Les effets	206
A. <i>Sur les droits du créancier</i>	206
B. <i>Sur les droits du débiteur</i>	209
1.2.5. Le fardeau de la preuve	209
1.3. La prétention en dommages-intérêts (art. 7.4.1 à 7.4.13 PU et art. 9:501 à 9:510 PE)	209
1.3.1. Les conditions	211
A. <i>En général</i>	211
B. <i>L'inexécution</i>	211
C. <i>Le préjudice</i>	212
D. <i>Le lien de causalité</i>	214
1.3.2. L'indemnité due	214
A. <i>Tout le préjudice, rien que le préjudice (art. 7.4.2 par. 1 PU et art. 9:502 PE)</i>	214
B. <i>La limitation de l'indemnité au préjudice prévisible (art. 7.4.4 PU et 9:503 PE)</i>	216

C.	<i>Le calcul concret après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 7.4.5 PU et 9:506 PE)</i>	217
D.	<i>Le calcul abstrait après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 7.4.6 PU et 9:507 PE)</i>	218
E.	<i>Le devoir de limiter le préjudice (art. 7.4.8 PU, art. 9:504 in fine et 9:505 PE)</i>	219
F.	<i>Les autres Principes</i>	220
1.3.3.	<b>Les aménagements contractuels</b>	221
A.	<i>Les innovations des Principes en général</i>	222
B.	<i>Les clauses exonératoires (art. 7.1.6 PU et 8:109 PE)</i>	222
C.	<i>Les indemnités forfaitaires et les clauses pénales (art. 7.4.13 PU et 9:509 PE)</i>	224
D.	<i>Un troisième type d'aménagement contractuel non réglé spécifiquement</i>	227
1.4.	<b>L'exonération due à la force majeure (art. 7.1.7 PU, art. 8:101 al. 2 et 8:108 PE)</b>	228
1.4.1.	<b>La raison d'être de l'exonération</b>	230
1.4.2.	<b>Le champ d'application de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE</b>	231
A.	<i>En général</i>	231
B.	<i>L'inexécution d'une obligation de moyens</i>	232
C.	<i>L'empêchement existant déjà au moment de la conclusion du contrat</i>	233
D.	<i>Le rapport avec le changement notable des circonstances (art. 6.2.1 à 6.2.3 PU et art. 6:111 PE)</i>	236
E.	<i>La contravention à une incombance</i>	238
F.	<i>L'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale</i>	238
1.4.3.	<b>Les conditions de l'exonération (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE)</b>	239
A.	<i>Un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur</i>	240
B.	<i>Un empêchement imprévisible au moment de la conclusion du contrat</i>	245
C.	<i>Un empêchement et des conséquences inévitables et insurmontables</i>	248
D.	<i>Le cas particulier du tiers chargé d'accomplir la prestation due</i>	250
1.4.4.	<b>Les effets</b>	253
A.	<i>L'effet libératoire sur l'obligation inexécutée</i>	253
B.	<i>L'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations (art. 7.1.7 par. 4 PU et 8:101 al. 2 PE)</i>	255
C.	<i>L'obligation d'avertir (art. 7.1.7 par. 3 PU et 8:108 al. 3 PE)</i>	257
1.4.5.	<b>Le fardeau de la preuve</b>	259
<b>2.</b>	<b>Caractéristiques des réglementations</b>	259
2.1.	<b>Ample concordance des réglementations</b>	260
2.1.1.	<b>Un contenu concordant malgré parfois des formulations différentes</b>	261

2.1.2.	Des réglementations se complétant mutuellement	262
2.1.3.	Un ensemble cohérent à l'horizon du législateur suisse	264
	A. Une confirmation de la réglementation de la Convention	265
	B. Des innovations matérielles	266
	C. Des améliorations formelles	267
2.2.	Caractéristiques de la responsabilité du débiteur	268
2.2.1.	Une formulation constante	271
	A. Une relecture simplifiant l'énonciation des conditions de l'exonération due à la force majeure	271
	B. Une utilité mitigée de cette formulation constante des conditions de l'exonération due à la force majeure	272
2.2.2.	Un manque d'intelligibilité immédiate	273
2.3.	Caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui	274
2.3.1.	L'imputation en matière de responsabilité	274
	A. Une imputation explicite dans les Principes européens	275
	B. Une imputation implicite dans les Principes d'UNIDROIT	275
	C. Une préférence pour l'imputation explicite	276
2.3.2.	L'imputation dans les autres domaines	276
	A. Une disposition générale dans les Principes européens	276
	B. Une absence de disposition générale dans les Principes d'UNIDROIT	279
<b>IV.</b>	<b>Considérations comparatives sur le système bipartite de la responsabilité du débiteur</b>	<b>282</b>
<b>1.</b>	<b>L'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations</b>	<b>283</b>
1.1.	L'inexécution des obligations en général	283
1.1.1.	Une énumération des situations d'inexécution	284
1.1.2.	Des éléments communs aux différents cas d'inexécution	287
1.2.	Les art. 97 à 109 CO	288
1.2.1.	En général	288
1.2.2.	La situation de base	289
1.3.	Comparaison entre les art. 103 à 109 CO et les art. 97 à 101 CO	291
1.3.1.	La réparation du préjudice subi par le créancier en raison de l'exécution tardive	291
1.3.2.	Une responsabilité « même » pour le cas fortuit	293
	A. Une responsabilité pour le casus mixtus découlant des principes généraux en matière de causalité	293
	B. La nature juridique de la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO	295
1.3.3.	S'agissant de dettes d'argent, le versement d'un intérêt moratoire	297
1.3.4.	La réparation du dommage qui dépasse l'intérêt moratoire	299
	A. Analyse de l'art. 106 al. 1 CO	299
	B. Analyse de l'art. 106 al. 2 CO	300

1.3.5.	Les règles particulières des art. 107 à 109 CO	300
	A. <i>La fixation d'un délai convenable pour s'exécuter</i>	301
	B. <i>La déclaration de renoncer à l'exécution in natura</i>	303
	C. <i>Se départir du contrat</i>	305
1.4.	Synthèse, comparaison et considérations finales	309
1.4.1.	Synthèse	310
1.4.2.	Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes	314
1.4.3.	Une distinction dans une perspective descriptive	316
1.4.4.	Une unité à préserver	317
	A. <i>En général</i>	317
	B. <i>Critique de l'art. 42 AP</i>	318
1.4.5.	Un système à développer	323
<b>2.</b>	<b>La construction législative par laquelle le débiteur répond pour des auxiliaires</b>	<b>324</b>
2.1.	Les diverses constructions législatives possibles pour qu'un débiteur réponde pour des tiers	325
2.1.1.	Par une norme spéciale de responsabilité	326
	A. <i>L'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict</i>	326
	B. <i>L'application dans la situation analysée</i>	328
2.1.2.	Par le biais d'une norme d'imputation	329
	A. <i>L'élément distinctif des normes d'imputation</i>	329
	B. <i>L'application dans la situation analysée</i>	330
	C. <i>Des normes n'étant pas nécessairement limitées au droit de la responsabilité</i>	332
2.2.	La solution retenue par le législateur suisse à l'art. 101 al. 1 CO	333
2.2.1.	D'après la doctrine	334
	A. <i>La conception classique : une norme de responsabilité au sens strict</i>	334
	B. <i>La conception nouvelle : une norme d'imputation</i>	335
2.2.2.	D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité	337
	A. <i>La conception historique : une norme de responsabilité au sens strict</i>	337
	B. <i>La conception nouvelle : une norme d'imputation</i>	339
	C. <i>Les fluctuations de la jurisprudence récente</i>	340
2.2.3.	D'après le texte de la loi : une norme de responsabilité au sens strict	343
2.3.	Synthèse, comparaison et considérations finales	345
2.3.1.	Synthèse	345
2.3.2.	Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes	348
2.3.3.	Une coexistence de deux conceptions sans implications matérielles nécessaires	350

---

2.3.4. La construction législative préférable <i>de lege ferenda</i>	353
2.3.5. Une manière nouvelle d'aborder la responsabilité du débiteur	357
A. <i>La perspective apparaissant à la lecture du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations</i>	358
B. <i>Critique d'un système centré sur la faute du débiteur</i>	358
C. <i>Opportunité de la perspective choisie dans les codifications supranationales récentes</i>	367
<b>Conclusion</b>	371
Index des mots-clé	381
Index des lois (et normes) citées	417



## Table des abréviations

<b>a + abréviation</b>	ancien (indique qu'il s'agit d'un texte abrogé, remplacé par un nouveau, pour lequel on utilise la même abréviation) (= <i>a</i> [en allemand] ou <i>v</i> [en italien])
<b>al.</b>	alinéa(s)
<b>AP</b>	Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv)
<b>art.</b>	article(s)
<b>ATF</b>	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (= <i>BGE</i> [en allemand] ou <i>DTF</i> [en italien])
<b>BGB</b>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
<b>c.</b>	<i>contra</i> , contre
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (= <i>ZGB</i> [en allemand] ou <i>CC</i> [en italien]; RS 210)
<b>cf.</b>	confer
<b>CLOUT</b>	<i>Case Law on UNCITRAL Texts</i>
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (= <i>UNCITRAL</i> [en anglais] ou <i>CNUDMI</i> [en espagnol])
<b>CO</b>	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (= <i>OR</i> [en allemand] ou <i>CO</i> [en italien]; RS 220)
<b>collab.</b>	collaboration
<b>consid.</b>	considérant(s)
<b>CP</b>	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (= <i>StGB</i> [en allemand] ou <i>CP</i> [en italien]; RS 311.0)
<b>CVIM</b>	Convention des Nations-Unies (de Vienne) du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (= <i>CNUV</i> ou <i>CISG</i> [en anglais] ou <i>EKR</i> [en allemand]; RS 0.221.211.1)
<b>éd.</b>	édition
<b>édit.</b>	éditeur(s)
<b>JdT</b>	Journal des Tribunaux



<b>LBI</b>	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets, LBI) (= <i>PatG</i> [en allemand] ou <i>LBI</i> [en italien]; RS 232.14)
<b>LCR</b>	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR) (= <i>SVG</i> [en allemand] ou <i>LCStr</i> [en italien]; RS 741.01)
<b>LDIP</b>	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) (= <i>IPRG</i> [en allemand] ou <i>LRDP</i> [en italien]; RS 291)
<b>let.</b>	lettre(s)
<b>LRFP</b>	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP) (= <i>PrHG</i> [en allemand] ou <i>LDIP</i> [en italien]; RS 221.112.944)
<b>LTF</b>	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) (= <i>BGG</i> [en allemand] ou <i>LTF</i> [en italien]; RS 173.110)
<b>LUVI</b>	Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (= <i>ULIS</i> [en anglais])
<b>LVF</b>	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (= <i>PRG</i> [en allemand]; RS 944.3)
<b>N</b>	numéro(s) marginal(aux)
<b>n.</b>	note(s)
<b>n°</b>	numéro(s)
<b>not.</b>	notamment
<b>OJ</b>	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire) (= <i>OG</i> [en allemand et en italien]; RS 173.110; abrogée par la LTF)
<b>p.</b>	page(s)
<b>par.</b>	paragraphe(s)
<b>PE</b>	Principes du droit européen du contrat
<b>phr.</b>	phrase(s)
<b>PU</b>	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international
<b>RBOG</b>	<i>Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau</i> (= <i>RB-TG</i> )
<b>réf.</b>	référence(s)
<b>Rep.</b>	<i>Repertorio di Giurisprudenza Patria</i>
<b>rés.</b>	résumé

<b>RS</b>	Recueil systématique du droit fédéral (= <i>SR</i> [en allemand] ou <i>RS</i> [en italien])
<b>RVJ</b>	<i>Revue valaisanne de jurisprudence</i> (= <i>ZWR</i> [en allemand])
<b>s.</b>	et suivant-e
<b>SJ</b>	La Semaine judiciaire (= <i>Semjud</i> )
<b>ss</b>	et suivant-e-s
<b>TF</b>	Tribunal fédéral suisse (= <i>BGer</i> [en allemand] ou <i>TF</i> [en italien ou en romanche])
<b>UNIDROIT</b>	Institut international pour l'unification du droit privé
<b>vol.</b>	volume(s)
<b>ZR</b>	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i> (= <i>BlZR</i> )



## Table des ouvrages cités

- ACHILLES Wilhelm-Albrecht, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Neuwied *et alii* (Luchterhand) 1999 (cop. 2000).  
(cité ACHILLES)
- AEPLI Viktor et CASANOVA Hugo, *Schweizerisches Obligationenrecht: Rechtsprechung des Bundesgerichts – Allgemeiner Teil (Art. 1-183)*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1996.  
(cité AEPLI/CASANOVA)
- ARNAUD André-Jean (édit.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris (Libr. générale de droit et de jurisprudence) 1993.  
(cité ARNAUD-[AUTEUR])
- VON BAR Christian et DROBNIG Ulrich (edit.), *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*, München (Sellier European Law Publ.) 2004.  
(VON BAR/DROBNIG)
- BECKER Hermann, *Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 [OR]*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1941.  
(cité BECKER)
- BECQUÉ Emile, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle: Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », in *Revue trimestrielle de droit civil [RTDciv]* 1914 p. 251-320.  
(cité BECQUÉ, *autrui*)
- BERGER Klaus Peter, *The creeping codification of the lex mercatoria*, The Hague, Boston (Kluwer Law International) 1999.  
(cité BERGER)
- BIANCA Cesare Massimo (édit.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova (CEDAM) 1992.  
(cité BIANCA-[AUTEUR])
- BIANCA Cesare Massimo et BONELL Michael Joachim (édit.), *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan (Giuffrè) 1987.  
(cité BIANCA/BONELL-[AUTEUR])
- BOELE-WOELKI Katharina, « European and Unidroit Principles of Contract Law », in VON HOFFMANN Bernd (édit.), *European private international law*, Nijmegen (Ars Aequi Libri) 1998, p. 67-85.  
(cité BOELE-WOELKI, *Principles*)

- BONELL Michael Joachim, *Un «Codice» internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, 2<sup>e</sup> éd., Milan (Giuffrè) 2006.  
(cité BONELL, «Codice»)
- BONELL Michael Joachim, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: a Comparison», in CRANSTON Ross (édit.), *Making commercial law: essays in honour of Roy Goode*, Oxford (Clarendon Press) 1997, p. 91-101.  
(cité BONELL, *Comparison*)
- BONELL Michael Joachim, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», in *Revue de droit uniforme* 1996 p. 229-246.  
(cité BONELL, *Similar Rules*)
- BONELL Michael Joachim, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?», in *Revue de droit uniforme* 1996 p. 26-39.  
(cité BONELL, *CISG*)
- BONELL Michael Joachim et PELEGGI Roberta, «UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table», in *Revue de droit uniforme* 2004 p. 315-396.  
(cité BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*)
- BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Art. 41-61 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2006.  
(cité BREHM)
- BRUNNER Christoph, *UN-Kaufrecht – CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980: unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Berne (Stämpfli) 2004.  
(cité BRUNNER)
- BUCHER Andreas et BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et alii (Helbing & Lichtenhahn) 2004.  
(cité BUCHER/BONOMI)
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess Polygraphischer Verl.) 1988.  
(cité BUCHER)
- VON BÜREN Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, Zurich (Schulthess) 1964.  
(cité VON BÜREN)

- BUSCH Danny *et alii* (édit.), *The principles of European contract law and Dutch law: a commentary*, Nijmegen (Ars Aequi Libri) et The Hague *et alii* (Kluwer Law International) 2002.  
(cité DUTCHCOMM-[AUTEUR])
- CANTIENI Fabian, *Verzugsschaden bei Geldschulden*, [S.l.] ([s.n.]) [1996].  
(cité CANTIENI)
- CAYTAS Ivo G., *Der unerfüllbare Vertrag: anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe: im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs*, Wilmington De. (Morgan) 1984.  
(cité CAYTAS)
- CHAPPUIS Christine, « L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse? », in CHAPPUIS Christine, FOËX Bénédict et THÉVENOZ Luc (édit.), *Le législateur et le droit privé: colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève (Schulthess) 2006, p. 177-209.  
(cité CHAPPUIS, *harmonisation*)
- CHAPPUIS Christine, « La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux », in BELLANGER François *et alii* (édit.), *Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire*, Berne (Staempfli) 2004, p. 305-340.  
(cité CHAPPUIS, *compatibilité*)
- CHAPPUIS Christine, « La faute concomitante de la victime », in WERRO Franz (édit.), *La fixation de l'indemnité: colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Université de Fribourg, Berne (Staempfli) 2004, p. 29-87.  
(cité CHAPPUIS, *faute concomitante*)
- CHAPPUIS Christine, « Les clauses de < best efforts >, < reasonable care >, < due diligence > et les règles de l'art dans les contrats internationaux = Provisions for < best efforts >, < reasonable care >, < due diligence > and standard practice in international contracts », in *Revue de droit des affaires internationales: fiscalité internationale, commerce international, financements internationaux* 2002 p. 281-301.  
(cité CHAPPUIS, *clauses*)
- CHAPPUIS Christine et WERRO Franz, « La responsabilité civile: à la croisée des chemins », in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 2003 II p. 237-396.  
(cité [AUTEUR], in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*)

- CHAUDET François, « La responsabilité délictuelle de la personne morale : en particulier lors de l'abus du pouvoir de représentation par un organe », in *Revue suisse de jurisprudence [RSJ] = SJZ* 1998 p. 10-15.  
(cité CHAUDET, *responsabilité délictuelle*)
- CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), *Recueil analytique de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York (Nations Unies) 2004 (disponible à l'adresse Internet : [www.unctral.org/uncitral/fr/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.unctral.org/uncitral/fr/case_law/digests/cisg.html)).  
(cité CNUDCI)
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (préparé par), LANDO Ole et BEALE Hugh (édit.), *Principles of European contract law : Parts I and II combined and revised*, Dordrecht et alii (Kluwer Law International) 2000.  
(cité COMMISSION/LANDO/BEALE)
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, « Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 », in *Feuille fédérale* 1999 p. 1787-2221.  
(cité CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message code pénal*)
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, « Message concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 janvier 1989 », in *Feuille fédérale* 1989 I p. 709-830.  
(cité CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*)
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, « Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) (Du 25 août 1967) », in *Feuille fédérale* 1967 II p. 249-479.  
(cité CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message contrat de travail*)
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, « Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final). (Du 3 mars 1905.) », in *Feuille fédérale* 1905 II p. 1-295.  
(cité CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message droit des obligations*)
- CORBOZ Bernard (avec la collaboration de Florence Aubry Girardin), *La responsabilité des organes en droit des sociétés : commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) cop 2005.  
(cité CORBOZ)

- CUENDET Jean, *La faute contractuelle et ses effets : étude de l'article 99, al. 3 CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Staempfli) 1972.  
(cité CUENDET)
- DESCHENAUX Henri, « Norme et causalité en responsabilité civile », in *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse : recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses*, Bâle (Helbing und Lichtenhahn) 1975, p. 399-430.  
(cité DESCHENAUX, *Norme*)
- DESCHENAUX Henri et TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Ed. Staempfli) 1982.  
(cité DESCHENAUX/TERCIER)
- DUTOIT Bernard, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Bruxelles (Bruylant), Genève et alii (Schulthess et alii) 2006.  
(cité DUTOIT)
- EBERHARD Stefan, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les principes UNIDROIT*, Lausanne (Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne) 2005.  
(cité EBERHARD)
- ENDERLEIN Fritz et MASKOW Dietrich, *International sales law : United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : commentary*, New York et alii (Oceana Publ.) 1992.  
(cité ENDERLEIN/MASKOW)
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Staempfli) 2000.  
(cité ENGEL, *Contrats*)
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Staempfli) 1997.  
(cité ENGEL, *Traité*)
- ENGEL Pierre et alii, *L'évolution récente du droit des obligations : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 10 février 2004*, Lausanne (Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne) 2004.  
(cité [AUTEUR], in ENGEL et alii pour « Table ronde et Débats »)
- FELLMANN Walter, « Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht », in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 1987 I p. 339-366.  
(cité FELLMANN, *Verschuldensbegriff*)



- FINK Claudia et ROBERTO Vito, « Fragen und Fälle zum Privatrecht », in *Ius. full : Forum für juristische Bildung* 2005 p. 211-217.  
(cité FINK/ROBERTO, *Fragen*)
- FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur et NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne (Stämpfli) 1996.  
(cité FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL)
- GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise* (adaptation française par Benoît Carron), Zurich (Schulthess) 1999.  
(cité GAUCH/CARRON)
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1996.  
(cité GAUCH)
- GAUCH Peter et SCHLUEP Walter R. (fondé par), SCHMID Jörg et EMMENEGGER Susan (continué par), *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht)*, 9<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2008.  
(cité GAUCH/SCHLUEP/SCHMID pour le vol. 1 et GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER pour le vol. 2)
- GAUCH Peter et SCHLUEP Walter R. (fondé par), SCHMID Jörg et REY Heinz (continué par), *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht)*, 8<sup>e</sup> éd. (par Jörg Schmid), Zurich, Bâle et Genève (Schulthess) 2003.  
(cité GAUCH/SCHLUEP/REY pour le vol. 2)
- GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R. et TERCIER Pierre, *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1982.  
(cité GAUCH/SCHLUEP/TERCIER)
- GRAVEN Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2<sup>e</sup> éd. (par Bernhard Sträuli), Berne (Stämpfli) 1995.  
(cité GRAVEN)
- GUGGENHEIM Daniel, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4<sup>e</sup> éd., Genève (Georg) 2000.  
(cité GUGGENHEIM, *pratique bancaire suisse*)
- GUGGENHEIM Daniel, *Le droit suisse des contrats : principes généraux : Les effets des contrats*, Genève (Georg) 1995.  
(cité GUGGENHEIM, *effets*)
- GUHL Theo, *Das schweizerische Obligationenrecht (mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts)*, 9<sup>e</sup> éd. (par Alfred Koller, Anton K. Schnyder et Jean

- Nicolas Druey), Zurich (Schulthess) 2000.  
(cité GUHL / KOLLER pour les §§ 1-47)
- GUINAND Jean, « La responsabilité des personnes incapables de discernement », in PETER Hans, STARK Emil Wilhelm et TERCIER Pierre (édit.), *Le centenaire du code des obligations : mélanges*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) 1982, p. 397-411.  
(cité GUINAND, *personnes incapables*)
- HANGARTNER Sandro, *Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen*, Entlebuch (Huber Druck) 1997.  
(cité HANGARTNER)
- HARTKAMP Arthur S., « Principles of Contract Law », in HARTKAMP Arthur S. et alii (édit.), *Towards a European Civil Code*, 3<sup>e</sup> éd., Nijmegen (Ars Aequi Libri) et [The Hague] (Kluwer Law International) 2004, p. 125-143.  
(cité HARTKAMP, *Principles*)
- HARTKAMP Arthur S., « The unidroit principles for international commercial contracts and the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods », in BOELE-WOELKI Katherina et alii (édit.), *Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Dordrecht et alii (M. Nijhoff) 1994, p. 85-98.  
(cité HARTKAMP, *unidroit*)
- HARTKAMP Arthur S., « The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law », in *Revue européenne de droit privé* 1994 p. 341-357.  
(cité HARTKAMP, *European*)
- HERBER Rolf et CZERWENKA Beate, *Internationales Kaufrecht: Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München (C.H. Beck) 1991.  
(cité HERBER / CZERWENKA)
- HEUZÉ Vincent, *La vente internationale de marchandises: droit uniforme*, Paris (L.G.D.J.) 2000.  
(cité HEUZÉ)
- HIGI Peter, *Art. 253-265 OR*, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1994.  
(cité HIGI)
- HOHL Fabienne, « Le recours en matière civile selon la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 », in FOËX Bénédict, HOTTELIER Michel et JEANDIN Nicolas (édit.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Genève (Schulthess) 2007, p. 71-107.  
(cité HOHL, *recours*)

HONNOLD John O., *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, 3<sup>e</sup> éd., The Hague *et alii* (Kluwer Law International) 1999.

(cité HONNOLD)

HONSELL Heinrich (édit.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin *et alii* (Springer) 1997.

(cité HONSELL-[AUTEUR])

HONSELL Heinrich, VOGT Nedim Peter et GEISER Thomas (édit.), [*Schweizerisches*] *Zivilgesetzbuch I : Art. 1-456 ZGB*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2006.

(cité BaK-[AUTEUR])

HONSELL Heinrich *et alii* (édit.), *Obligationenrecht I : Art. 1-529 OR*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle *et alii* (Helbing & Lichtenhahn) 2007.

(cité BaK-[AUTEUR])

HONSELL Heinrich *et alii* (édit.), *Obligationenrecht II : Art. 530-1186 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle *et alii* (Helbing & Lichtenhahn) 2008.

(cité BaK-[AUTEUR])

JÄGGI Peter, « Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung », in FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE, *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger : offerts à l'occasion de son 70<sup>e</sup> anniversaire le 21 septembre 1968*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) 1968, p. 181-197.

(cité JÄGGI, *vertraglichen Schadenersatzforderung*)

JANSER Jacqueline, *Die Haftung des Verkäufers für Vorlieferanten, insbesondere bei mangelhafter Ware, nach CISG, OR und BGB*, Zurich, Bâle et Genève (Schulthess) 2003.

(cité JANSER)

JONES Gareth H. et SCHLECHTRIEM Peter, *Breach of contract (deficiencies in a party's performance)*, Tübingen (J.C.B. Mohr) et Dordrecht *et alii* (M. Nijhoff) 1999.

(cité JONES/SCHLECHTRIEM)

KAROLLUS Martin, *UN-Kaufrecht : eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Wien, New York (Springer) 1991.

(cité KAROLLUS)

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, « Le contrat et son droit devant l'arbitre international », in BELLANGER François *et alii* (édit.), *Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion*

- du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Semaine Judiciaire, Berne (Staempfli) 2004, p. 361-373.  
(cité KAUFMANN-KOHLER, *contrat*)
- KEIL Andreas, *Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen und US-amerikanischen Recht*, Francfort-sur-le-Main et alii (P. Lang) 1993.  
(cité KEIL)
- KELLER Max et SCHÖBI Christian, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1988.  
(cité KELLER/SCHÖBI, I)
- KELLER Max et SCHÖBI Christian, *Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1985.  
(cité KELLER/SCHÖBI, IV)
- KELLER Max et SIEHR Kurt, *Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess Polygraphischer Verl.) 1995.  
(cité KELLER/SIEHR)
- KILLIAS Martin et DÉNÉRAZ Bernard A., *Précis de droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd. (avec Alexandre Viscardi), Berne (Stämpfli) 2001.  
(cité KILLIAS/DÉNÉRAZ)
- KNOEPFLER François, SCHWEIZER Philippe et OTHENIN-GIRARD Simon, *Droit international privé suisse*, 3<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2005.  
(cité KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD)
- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil: Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2006.  
(cité KOLLER, *Obligationenrecht*)
- KOLLER Alfred, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1980.  
(cité KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*)
- KRAMER Ernst A., *Inhalt des Vertrages: Kommentar zu Art. 19-22 OR*, Berne (Stämpfli) 1991.  
(cité KRAMER)
- KRÜGER Ulrich, *Modifizierte Erfolgshaftung im UN-Kaufrecht: die Haftungsbefreiung bei Lieferung vertragswidriger Ware gemäss Art. 79 CISG*, Berne et alii (P. Lang/Europäischer Verlag der Wissenschaften) 1999.  
(cité KRÜGER)

- LACHAT David, « La sous-location », in *La semaine judiciaire [SJ]* 1992 p. 469-486.  
(cité LACHAT, *sous-location*)
- LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris (L.G.D.J.) 2004.  
(cité LAITHIER)
- LANDO Ole, « Non-Performance (Breach) of Contracts », in HARTKAMP Arthur S. *et alii* (édit.), *Towards a European Civil Code*, 3<sup>e</sup> éd., Nijmegen (Ars Aequi Libri) et [The Hague] (Kluwer Law International) 2004, p. 505-515.  
(cité LANDO, *Non-Performance*)
- LANDO Ole, « The Principles of European Contract Law after Year 2000 », in WERRO Franz (édit.), *New perspectives on European private law*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) et Fribourg Suisse (Impr. Saint-Paul) 1998, p. 59-74.  
(cité LANDO, *European*)
- LAUTENBACH Boris R., *Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf*, Aachen (Shaker Verl.) 1996.  
(cité LAUTENBACH)
- LOTZ Albert, « Zur Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes », in *Basler Juristische Mitteilungen [BJM]* 1968 p. 107-125.  
(cité LOTZ, *rechtlichen Verantwortlichkeit*)
- MAGNUS Ulrich, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen : Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 14<sup>e</sup> éd., Berlin (Sellier-de Gruyter) 2005.  
(cité MAGNUS)
- MARCHAND Sylvain, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit) 1994.  
(cité MARCHAND, *limites*)
- MARCHAND Sylvain, « De l'helvético-compatibilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait », in *Pratique juridique actuelle [PJA = AJP]* 1994 p. 721-738.  
(cité MARCHAND, *voyages à forfait*)
- MARRELLA Fabrizio, *La nuova lex mercatoria: principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova (CEDAM) 2003.  
(cité MARRELLA)

- MARTINELLI Alessandro, *Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1997.  
(cité MARTINELLI)
- MORIN Ariane, « Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB », in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 2005 I p. 349-382.  
(cité MORIN, *inexécution*)
- MÜLLER-CHEN Markus, *Folgen der Vertragsverletzung*, Zurich (Schulthess Juristische Medien) 1999.  
(cité MÜLLER-CHEN)
- NAY Giusep, « La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice », in FOËX Bénédic, HOTTELIER Michel et JEANDIN Nicolas (édit.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Genève (Schulthess) 2007, p. 21-41.  
(cité NAY, *loi*)
- NEUMAYER Karl H. et MING Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire*, Lausanne (Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne) 1993.  
(cité NEUMAYER/MING)
- OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Allgemeiner Teil*, 5<sup>e</sup> éd. (par Emil Wilhelm Stark), Zurich (Schulthess Polygraphischer Verl.) 1995.  
(cité OFTINGER/STARK, I)
- OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Besonderer Teil*, 4<sup>e</sup> éd. (par Emil Wilhelm Stark), Zurich (Schulthess Polygraphischer Verl.) 1987-1991.  
(cité OFTINGER/STARK, II)
- OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Allgemeiner Teil*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess Polygraphischer Verl.) 1975.  
(cité OFTINGER)
- OSER Hugo et SCHÖNENBERGER Wilhelm, [*Allgemeine Bestimmungen*]: *Art. 1-183 [OR]*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1929.  
(cité OSER/SCHÖNENBERGER)
- PATOCCHI Paolo Michele et FAVRE-BULLE Xavier, « Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : une introduction », in *La semaine judiciaire [SJ]* 1998 p. 569-616.  
(cité PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*)
- PETITPIERRE Gilles, « La responsabilité pour inexécution : dépassée ou avant-gardiste », in BELLANGER François et alii (édit.), *Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Semaine Judiciaire*, Berne (Staempfli) 2004, p. 257-268.  
(cité PETITPIERRE, *inexécution*)

- PETITPIERRE Gilles, « La partie générale du code des obligations : un texte au service d'un système », in KELLERHALS Jean, MANAÏ Dominique et ROTH Robert (édit.), *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève et alii* (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit) 2002, p. 79-89.  
(cité PETITPIERRE, *partie générale*)
- PETITPIERRE Gilles, « A propos des conventions exclusives de la responsabilité », in DUFOUR Alfred et alii (édit.), *Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle et alii* (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit) 1998, p. 347-358.  
(cité PETITPIERRE, *conventions exclusives*)
- PETITPIERRE Gilles, « Les fondements de la responsabilité civile », in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 1997 I p. 273-295.  
(cité PETITPIERRE, *fondements*)
- PICHONNAZ Pascal, « Le devoir du lésé de diminuer son dommage », in WERRO Franz (édit.), *La fixation de l'indemnité : colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, Berne (Staempfli)* 2004, p. 109-134.  
(cité PICHONNAZ, *devoir*)
- PICHONNAZ Pascal, *La compensation : analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) 2001.  
(cité PICHONNAZ, *compensation*)
- PICHONNAZ Pascal, « L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les principes du droit européen des contrats », in WERRO Franz (édit.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen?*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) et Fribourg Suisse (Impr. Saint-Paul) 1998, p. 179-202.  
(cité PICHONNAZ, *exonération*)
- PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance : étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) et Fribourg Suisse (Impr. Saint-Paul) 1997.  
(cité PICHONNAZ, *Impossibilité*)
- PICHONNAZ Pascal et KUONEN Nicolas, « Les intérêts sur le dommage contractuel et la responsabilité pour le fait de l'auxiliaire : rappel de deux principes à la lumière d'un arrêt récent : commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 août 2004 publié aux ATF 130 III 591 (4C.96/2004) », in *Droit de la construction [BR = DC]* 2005, p. 15-18.  
(cité PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*)

- PILTZ Burghard, *Internationales Kaufrecht : das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, München (C.H. Beck) 1993.  
(cité PILTZ)
- PIOTET Paul, «Le Tribunal fédéral et la liquidation du dommage d'un tiers», in *Journal des tribunaux [JdT]* 1994 I p.194-196.  
(cité PIOTET, *liquidation*)
- PIOTET Paul, «*Culpa in contrahendo*» et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne (Stämpfli) 1963.  
(cité PIOTET, *Culpa*)
- PORTMANN Peter, *Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht*, Berne (Stämpfli) 1958.  
(cité PORTMANN)
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2008.  
(cité REY)
- RIEMER Hans Michael, *Allgemeine Bestimmungen : systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB*, Berne (Stämpfli) 1993.  
(cité RIEMER)
- RUEDIN Roland, *Droit des sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2007.  
(cité RUEDIN)
- SCHENKER Franz, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht : Übersicht, Würdigung und Kritik*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) et Fribourg Suisse (Impr. Saint-Paul) 1998.  
(cité SCHENKER)
- SCHLECHTRIEM Peter, *Internationales UN-Kaufrecht : ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 4<sup>e</sup> éd., Tübingen (Mohr Siebeck) 2007.  
(cité SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*)
- SCHLECHTRIEM Peter, «Anmerkung», in *Juristenzeitung [JZ]* 1999 p.794-797.  
(cité SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*)
- SCHLECHTRIEM Peter (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf CISG*, 3<sup>e</sup> éd., München (C.H. Beck) 2000.  
(cité SCHLECHTRIEM-[AUTEUR])
- SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf : CISG*, 5<sup>e</sup> éd. (éditée par Inge-



- borg SCHWENZER), München (C.H. Beck) et Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2008.  
(cité SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ALLEMAND)-[AUTEUR])
- SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg (édit.), *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, 2<sup>e</sup> éd. (anglaise), Oxford et alii (Oxford University Press) 2005.  
(cité SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-[AUTEUR])
- SCHRANER Marius, *Die Erfüllung der Obligationen : Art. 68-96 OR*, 3<sup>e</sup> éd. (éditée par Peter Gauch et Jörg Schmid), Zurich (Schulthess Juristische Medien) 2000.  
(cité SCHRANER)
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil*, 4<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2006.  
(cité SCHWENZER)
- SCHWENZER Ingeborg et FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), *International sales law*, London (Routledge-Cavendish) 2007.  
(cité SCHWENZER/FOUNTOULAKIS)
- SOERGEL Hs. Th. (fondé par), SIEBERT W. (édit.), *Bürgerliches Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen : Schuldrechtliche Nebengesetze 2 : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 13<sup>e</sup> éd., Stuttgart et alii (W. Kohlhammer) 2000.  
(cité SOERGEL/SIEBERT-[AUTEUR])
- SPIRO Karl, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berne (Stämpfli) 1984.  
(cité SPIRO)
- STAUDER Bernd, «Droit suisse», in GHESTIN Jacques (édit.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe : actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris (L.G.D.J.) 1991, p. 95-133.  
(cité STAUDER, *Droit suisse*)
- TANDOGAN Haluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève (Georg) 1972.  
(cité TANDOGAN)
- TERCIER Pierre, «La réforme du droit de la responsabilité civile : chronique d'une mort annoncée», in CHAPPUIS Christine, FOËX Bénédicte et THÉVENOZ Luc (édit.), *Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève (Schulthess) 2006, p. 25-38.  
(cité TERCIER, *réforme*)

- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. (avec la collab. de Marie-Noëlle Zen-Ruffinen), Genève et alii (Schulthess) 2004.  
(cité TERCIER, *obligations*)
- TERCIER Pierre, « Quels fondements pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle? », in BELLANGER François et alii (édit.), *Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Semaine Judiciaire*, Berne (Staempfli) 2004, p. 209-225.  
(cité TERCIER, *fondements*)
- TERCIER Pierre, « La fixation de l'indemnité : quelques remarques finales », in WERRO Franz (édit.), *La fixation de l'indemnité : colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg*, Berne (Staempfli) 2004, p. 191-200.  
(cité TERCIER, *fixation*)
- TERCIER Pierre, « Le nouveau régime de la responsabilité dans les sociétés anonymes », in CIOCCA Philippe (édit.), *Le nouveau droit des sociétés anonymes : conférences et séminaires organisés par les Facultés de droit romandes de février à avril 1992*, Lausanne (Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne) 1993, p. 449-488.  
(cité TERCIER, *nouveau régime*)
- TERCIER Pierre, « Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile », in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 1976 I p. 1-28.  
(cité TERCIER, *considérations*)
- TERCIER Pierre et FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Genève (Schulthess) 2009.  
(cité TERCIER / FAVRE)
- THÉVENOZ Luc, « Fragments de conclusions générales », in BELLANGER François et alii (édit.), *Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125<sup>e</sup> anniversaire de la Semaine Judiciaire*, Berne (Staempfli) 2004, p. 375-382.  
(cité THÉVENOZ, *Fragments*)
- THÉVENOZ Luc, « Le contrat inexécuté en droit suisse », in VACCA Letizia (édit.), *Il contratto inadempito : realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo (III Congresso Internazionale ARISTEC Ginevra, 24-27 settembre 1997)*, Torino (G. Giappichelli) 1999, p. 173-203.  
(THÉVENOZ, *contrat inexécuté*)
- THÉVENOZ Luc et WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I : Code des obligations art. 1-529 ; Loi sur le crédit à la consommation ; Loi sur les voyages à forfait*, Genève et alii (Helbing & Lichtenhahn) 2003.  
(cité CR-[AUTEUR])

TRIGO TRINDADE Rita, *Le Conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs*, Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit) 1996.

(cité TRIGO TRINDADE)

VON TUHR Andreas, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3<sup>e</sup> éd. (sur la base de l'édition par Alfred Siegwart, par Arnold Escher et Hans Peter ; avec la collaboration de Hermann Schulin), Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1974-1984.

(cité VON TUHR/PETER pour le vol. 1 et VON TUHR/ESCHER pour le vol. 2)

VON TUHR Andreas, *Partie générale du Code fédéral des obligations* (trad. de l'allemand par Maurice de Torrenté et Emile Thilo), 2<sup>e</sup> éd. (par Emile Thilo), Lausanne (Impr. Centrale) 1933-1934.

(cité VON TUHR/DE TORRENTE/THILO)

VON TUHR Andreas, «Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR. Art. 101. », in *Revue suisse de jurisprudence [RSJ = SJZ]* 1920/21 p. 225-229.

(cité VON TUHR, *fremdes Verschulden*)

UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: 2004*, Rome (UNIDROIT) 2004.

(cité UNIDROIT)

VULLIÉTY Jean-Paul, *Le transfert des risques dans la vente internationale: comparaison entre le code suisse des obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980*, Bâle et alii (Helbing & Lichtenhahn) et Genève (Faculté de droit) 1998.

(cité VULLIÉTY)

WEBER Rolf H., *[Die Wirkung der Obligationen]: [Die Erfüllung der Obligationen]: Artikel 68-96*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2005.

(cité WEBER 1)

WEBER Rolf H., *Die Folgen der Nichterfüllung: Art. 97-109*, Berne (Stämpfli) 2000.

(cité WEBER 2)

WERRO Franz (avec la collaboration de Annick Achantari, Sébastien Chaulmontet, Josiane Haas Lieu), *La responsabilité civile*, Berne (Staempfli) 2005.

(cité WERRO)

WERRO Franz et BELSER Eva Maria, « Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge: eine Würdigung aus schweizerischer Sicht », in *Rapports suisses présentés au XV<sup>e</sup>ème Congrès international de droit*

- comparé: *Bristol*, 27 juillet au 1 août 1998, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1998, p. 511-566.  
(cité WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*)
- WIDMER Pierre et WESSNER Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: rapport explicatif*, Berne (Office central fédéral des imprimés et du matériel) 2000.  
(cité WIDMER/WESSNER)
- WIEGAND Wolfgang, «Die Leistungsstörungen: Die Nichterfüllung», in *Recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis* 1983 p. 1-9.  
(cité WIEGAND, *Nichterfüllung*)
- WINIGER Bénédicte, «L'architecture de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile», in *Revue de droit suisse [RDS = ZSR]* 2001 I p. 299-326.  
(cité WINIGER, *architecture*)
- WINSHIP Peter, «Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention: A Guide for Practitioners», in *The international lawyer* 1995 p. 525-554.  
(cité WINSHIP, *Changing*)
- WITZ Claude, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, Paris (L.G.D.J.) 1995.  
(cité WITZ, *premières applications jurisprudentielles*)
- YUNG Walter, «Les actes juridiques accomplis par une personne privée de discernement et la protection des tiers», in YUNG Walter, *Etudes et articles*, Genève (Georg) 1971.  
(cité YUNG, *actes juridiques*)
- YUNG Walter, «Note sur la résolution de la vente en cas de demeure de l'acheteur et ses conséquences», in YUNG Walter, *Etudes et articles*, Genève (Georg) 1971.  
(cité YUNG, *Note*)
- YUNG Walter, «Devoirs généraux et obligations», in FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE, *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger: offerts à l'occasion de son 70<sup>e</sup> anniversaire le 21 septembre 1968*, Fribourg Suisse (Ed. universitaires) 1968, p. 163-179.  
(cité YUNG, *Devoirs*)
- ZIEGLER Antje, *Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre*, Wil (Zehnder) [1992].  
(cité ZIEGLER)



# Introduction

1. « L'obligation tend à l'exécution. » ENGEL commence ainsi l'introduction aux chapitres concernant l'inexécution des obligations dans son *Traité des obligations en droit suisse*<sup>1</sup>. L'auteur indique de la sorte que **toute obligation<sup>2</sup> a pour finalité l'exécution<sup>3</sup>**.

2. Autrement dit, **l'exécution** (*Erfüllung, adempimento, performance, solutio*), que le Code des obligations ne définit pas et qui consiste dans l'accomplissement de la prestation due<sup>4</sup>, procure au créancier la prestation<sup>5</sup> que celui-ci avait le droit d'exiger du débiteur en vertu du rapport d'obligation<sup>6</sup>. Le résultat visé par l'obligation est alors atteint et celle-ci prend fin, du moins dans sa forme du moment<sup>7</sup>. Si l'exécution est le mode d'extinction des obligations le plus important<sup>8</sup>, c'est certes parce qu'il s'agit du plus fréquent, mais également parce que l'exécution réalise la fonction de l'obligation dans notre ordre juridique. On dit d'ailleurs que l'exécution est le mode ordinaire de l'extinction des obligations<sup>9</sup>.

3. **L'inexécution** (*Nichterfüllung, inadempimento, non-performance*) est son contraire, c'est-à-dire l'inaccomplissement de la prestation due<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> ENGEL, *Traité*, p. 682.

<sup>2</sup> On définit le « rapport d'obligation » (*Schuldverhältnis, rapporto d'obbligazione*), ou « obligation », comme « un rapport juridique entre deux ou plusieurs personnes, rapport en vertu duquel l'une d'elles (le débiteur) est tenue à une prestation envers l'autre (le créancier) » (TANDOGAN, p. 1 s., qui cite VON TUHR).

<sup>3</sup> Cf. également VON TUHR/ESCHER, § 55 I, p. 1; BUCHER, p. 291; VON BÜREN, p. 365; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 214; ainsi que VON TUHR/PETER, § 2 IX, p. 20 s.

<sup>4</sup> VON TUHR/DE TORRENTÉ/THILO, § 55 II, p. 406; VON TUHR/ESCHER, § 55 II, p. 2; TERCIER, *obligations*, N 826 2; ENGEL, *Traité*, p. 607; BUCHER, p. 291; CR-HOHL, N 1 *ad* introduction aux art. 68-83 CO. Cf. également WEBER 1, N 11 *ad* introduction et notes liminaires aux art. 68-96 CO; SCHRANER, N 7 *ad* notes liminaires aux art. 68-96 CO.

<sup>5</sup> On définit la « prestation » (*Leistung, prestazione*) comme étant un *comportement* que le débiteur (voire son auxiliaire) est tenu d'avoir et que le créancier peut exiger de lui en vertu du rapport d'obligation (TANDOGAN, p. 2 s.; VON TUHR/PETER, § 7 I, p. 45; BUCHER, p. 292; ENGEL, *Traité*, p. 77). Le « droit de créance » est « le droit du créancier de réclamer la prestation » (TANDOGAN, p. 29).

<sup>6</sup> TANDOGAN, p. 2; GUHL/KOLLER, § 29 N 1; CR-HOHL, N 1 *ad* introduction aux art. 68-83 CO.

<sup>7</sup> Parfois, l'exécution a pour effet de transférer la titularité de la créance au tiers qui a fourni la prestation au créancier; tel est le cas, par exemple, de la subrogation selon l'art. 110 CO. Cf. notamment WEBER 1, N 12 *ad* introduction et notes liminaires aux art. 68-96 CO; SCHRANER, N 9 *ad* notes liminaires aux art. 68-96 CO; VON TUHR/ESCHER, § 55 n. 3, p. 1; ENGEL, *Traité*, p. 607.

<sup>8</sup> Ainsi notamment WEBER 1, N 5 *ad* introduction et notes liminaires aux art. 68-96 CO; SCHRANER, N 7 *ad* notes liminaires aux art. 68-96 CO; BUCHER, p. 291.

<sup>9</sup> ENGEL, *Traité*, p. 607.

<sup>10</sup> Cf. les ATF 126/2000 III 230, consid. 7b, p. 238; 120/1994 II 296, consid. 3b et c, p. 299 s.; 118/1992 II 193, consid. 5c bb, p. 198; 117/1991 II 273, consid. 4c, p. 278 (« Nichterfüllung »); 110/1984 II

4. Sauf indication contraire, cette étude traitera de l'**inexécution dans une acception large**, qui en recouvre toutes les formes, notamment l'impossibilité subséquente, la demeure et la mauvaise exécution. Par la locution « inexécution au sens large », nous viserons donc toutes les hypothèses dans lesquelles la finalité de l'obligation n'est pas atteinte, soit tous les cas dans lesquels le créancier n'est objectivement pas satisfait de ce qu'il a obtenu ou de ce qu'il peut obtenir en exécution de sa créance.<sup>11</sup>

5. Le droit interne suisse appréhende l'inexécution au sens large, parmi les dispositions générales du Code des obligations, aux **art. 97 à 109 CO**, sous le titre : « Des effets de l'inexécution des obligations »<sup>12</sup>. Il s'agit du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations.

6. Le législateur fédéral y a réglé les effets de l'inexécution au sens large des obligations par **des normes de portée générale**<sup>13</sup>.

7. A la lecture de ce chapitre deuxième du titre deuxième du Code des obligations, on constate qu'en matière de responsabilité<sup>14</sup> résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, il existe **deux normes fondamentales de responsabilité**<sup>15</sup>. D'une part, l'art. 97 al. 1 CO régit la responsabilité du débiteur pour son fait personnel ; d'autre part, l'art. 101 al. 1 CO celle « pour des auxiliaires »<sup>16</sup>. En d'autres termes, la première disposition établit si le débiteur répond du dommage qu'a subi le créancier lorsque le préjudice a été causé par le débiteur lui-même, alors que la dernière détermine si le créancier peut agir en réparation contre le débiteur lorsque le préjudice a été causé par un tiers, soit une personne autre que le débiteur. Le système de responsabilité est bipartite, distinguant entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui<sup>17</sup>.

---

360, *passim* (« inadempimento ») ; et 108/1982 II 102, consid. 2a, p. 104 (« Nichterfüllung ») ; ainsi que TERCIER, *obligations*, N 1014 ; GUHL/KOLLER, § 31 N 1 ; GUGGENHEIM, *effets*, p. 95.

<sup>11</sup> Sur l'inexécution dans une acception étroite, parfois employée par le Tribunal fédéral, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 968.

<sup>12</sup> En allemand, « Die Folgen der Nichterfüllung » ; en italien, « Conseguenze dell'inadempimento ».

<sup>13</sup> Cf., par exemple, ENGEL, *Traité*, p. 683, et TERCIER, *obligations*, N 1019 et 1082.

<sup>14</sup> On entend par « responsabilité » l'obligation faite à une personne de réparer le préjudice (dommage ou tort moral) d'autrui (cf., par exemple, TANDOGAN, p. 54, et DESCHENAUX/TERCIER, § 1 N 1).

<sup>15</sup> Cf. CR-THÉVENOZ, N 3 *ad* art. 97 CO et N 1 *ad* art. 101 CO.

<sup>16</sup> Cf. la note marginale (en allemand, « für Hilfspersonen » ; en italien, « per persona ausiliaria »). On entend par « auxiliaire » au sens de l'art. 101 al. 1 CO toute personne, physique ou morale, qui participe à l'exécution d'une obligation du débiteur de par la volonté de ce dernier (cf., par exemple, WEBER 2, N 5 *ad* art. 101 CO avec réf., et CR-THÉVENOZ, N 5 *ad* art. 101 CO avec réf. ; TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 4.2 ; ainsi que l'introduction du chapitre II.1., notamment N 296).

<sup>17</sup> On parle de « responsabilité pour le fait d'autrui » lorsque la responsabilité d'une personne est engagée pour le fait d'une autre personne (cf. VON TUHR/PETER, § 49 I, p. 444 ; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 19 ; PORTMANN, p. 53).

8. Il se caractérise également par **une approche casuistique**, limitée à ces deux hypothèses.

9. Dans ce système bipartite, **l'art. 97 al. 1 CO apparaît au premier plan et l'art. 101 al. 1 CO au second**. Une simple lecture du chapitre deuxième du titre deuxième du Code des obligations l'indique. Ainsi, l'art. 97 al. 1 CO ouvre ce chapitre consacré aux « effets de l'inexécution des obligations » et, selon sa note marginale, il traite de la responsabilité du débiteur « en général »<sup>18</sup>. L'art. 101 al. 1 CO, en revanche, se trouve dans une partie du chapitre concernant l'« étendue de la réparation »<sup>19</sup> (note marginale des art. 99 à 101 CO), ce qui convient mieux à l'art. 101 al. 2 et 3 CO qu'à l'art. 101 al. 1 CO. Autant dire que cette dernière règle de droit n'a pas été mise en valeur par le législateur.

10. Ces choix formels révèlent **une conception fondamentalement artisanale de l'économie**, selon laquelle, en général, le débiteur est choisi par le créancier pour ses compétences personnelles, exécute personnellement ses obligations et ne délègue la charge de l'accomplissement de la prestation due à ses auxiliaires qu'exceptionnellement.

11. Ils relèvent d'un modèle d'exécution des obligations centré sur la figure du débiteur, suivant lequel un tiers ne participe à l'accomplissement de la prestation due que parce que le débiteur lui délègue cette charge. C'est ce qu'on peut appeler **un modèle de délégation** de l'exécution des obligations.

12. En pratique, ce modèle n'est **plus d'actualité**.

13. En effet, le plus souvent, dans la société occidentale actuelle, **le débiteur lui-même ne joue pas de rôle central** dans le processus d'exécution de ses obligations. De nos jours, l'accomplissement de la prestation due relève plutôt du bon fonctionnement d'une organisation, souvent mise en place à l'avance, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les agissements personnels du débiteur et ceux de ses auxiliaires. D'ailleurs, selon l'art. 68 CO, « le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation » qu'exceptionnellement<sup>20</sup>. Comme le dit PETITPIERRE, « L'entreprise contemporaine est presque toujours le lieu de la mise en commun de capacités nombreuses et variées organisées de façon hiérarchique. La division du travail est une condition de son succès. »<sup>21</sup> Autrement dit, « In der heutigen globalisierte Wirtschaft ist Arbeits-  
teilung unerlässlich. »<sup>22</sup>

<sup>18</sup> En allemand, « in allgemeinen » ; en italien, « in genere ».

<sup>19</sup> En allemand, « Maß der Haftung und Umfang des Schadenersatzes » ; en italien, « misura della responsabilità ed estensione del risarcimento ».

<sup>20</sup> Cf., par exemple, BaK-LEU, N 1 ad art. 68 CO, et WEBER 1, N 4 ad art. 68 CO.

<sup>21</sup> PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 355.

<sup>22</sup> JANSER, p. 1.



14. Ces considérations valent d'autant plus que les entreprises prennent, le plus souvent, la forme juridique de **personnes morales**.

15. Il arrive même souvent qu'il soit pratiquement **très difficile, voire impossible, de déterminer a posteriori l'identité** des personnes physiques qui sont effectivement intervenues dans le processus d'exécution d'une obligation. Ainsi, le législateur fédéral a adopté de nouvelles dispositions pénales pour appréhender ce type de situation. Il s'agit notamment de l'art. 102 CP (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003), qui instaure une punissabilité subsidiaire de l'entreprise, si une infraction est commise dans le cadre de son exploitation et que le véritable auteur ne peut être identifié<sup>23</sup>; ou encore de l'art. 28 CP (en vigueur sous la forme actuelle depuis le 1<sup>er</sup> avril 1998), qui concerne la punissabilité des médias et établit une responsabilité en cascade du rédacteur responsable, subsidiairement de la personne responsable de la publication en cause, lorsque l'auteur d'une contribution journalistique délictueuse ne peut être découvert ou ne peut être traduit en Suisse devant un tribunal<sup>24</sup>.

16. Les modèles économiques et sociaux ont changé: si traditionnellement un tiers intervenait dans l'exécution de l'obligation du débiteur sur délégation de ce dernier, désormais il y participe, peut-être de manière complètement anonyme, parce qu'il fait partie de la structure qui a été organisée pour accomplir la prestation due. On est passé d'un modèle de délégation à **un modèle d'organisation** de l'exécution des obligations.

17. Ainsi, dans le contexte économique et social actuel, l'on peut s'attendre à ce que statistiquement, lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, elle le soit **plus fréquemment pour le fait d'un tiers** que pour le propre fait du débiteur<sup>25</sup>.

18. Ne prenant pas en compte ces nouveaux paradigmes socio-économiques, **le système bipartite de responsabilité du débiteur** du droit interne suisse, focalisé sur la figure du débiteur et sur la faute de ce dernier<sup>26</sup>, **entre en crise**<sup>27</sup>.

19. Par exemple, est-il judicieux que ce soient **les compétences personnelles des organes** (souvent des administrateurs professionnels ou des commer-

---

<sup>23</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message code pénal*, § 217.421, p. 1949.

<sup>24</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message code pénal*, § 217.421, p. 1949 s.

<sup>25</sup> Dans le même sens BaK-WIEGAND, N 1 *ad* art. 101 CO.

<sup>26</sup> A propos de l'explication du système bipartite du droit interne suisse par la volonté de centrer la responsabilité du débiteur sur la faute, cf. le paragraphe IV.2.3.5.A., notamment N 1173.

<sup>27</sup> S'agissant de la faiblesse d'un système centré sur la faute du débiteur, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., p. 427, N 1175 ss.

ciaux) qui fixent la mesure de la diligence qu'un créancier est en droit d'attendre d'une personne morale? A raison, la doctrine le conteste<sup>28</sup>.

20. En outre, se justifie-t-il de distinguer, en droit, entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui, si en fait il est souvent très difficile, voire impossible, de séparer les agissements personnels du débiteur de ceux de ses auxiliaires? Est-il opportun de maintenir un tel **décalage entre droit et société**?

21. La question se pose d'autant plus que la distinction entre l'art. 97 al. 1 CO et l'art. 101 al. 1 CO impose au juriste un effort pour assurer la cohérence entre ces deux dispositions. Il en résulte une certaine **complexité de la réglementation** de la responsabilité du débiteur. Cette complexité apparaît surtout lorsqu'on analyse la preuve libératoire à la disposition du débiteur, ce que le présent travail illustrera. Ainsi, quelle est cette preuve si l'inexécution résulte des agissements d'un auxiliaire du débiteur, en particulier lorsque ce dernier répond pour son fait personnel uniquement d'une faute qualifiée (dol ou faute grave selon les art. 193 al. 2 et 248 al. 1 CO; *diligentia quam in suis* en vertu de l'art. 538 al. 1 CO) ou, à l'opposé, indépendamment d'une faute de sa part (art. 208 al. 2 deuxième phrase CO, art. 447 al. 1 et 448 al. 1 CO, art. 14 al. 1 et 15 al. 1 LVF, art. 487 al. 1 CO, art. 488 al. 3 CO, art. 490 al. 1 CO)? De même, quelle est la situation juridique si l'auxiliaire est moins compétent que le débiteur, ou plus compétent que celui-ci, voire incapable de discernement? Dans ces hypothèses, toujours libérer le débiteur de sa responsabilité lui serait trop favorable; toujours le tenir pour responsable, vraisemblablement trop défavorable. Plus des auxiliaires interviennent dans les processus d'exécution des obligations, plus ces interrogations acquièrent de l'importance.<sup>29</sup>

22. Mais encore, l'approche casuistique retenue par le législateur fédéral, se limitant à distinguer entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui, se traduit par un **système de responsabilité du débiteur peu évolutif**. Par exemple, quelle est la responsabilité du débiteur pour ses animaux ou, bien plus important, pour ses machines, notamment dans le domaine télématique?<sup>30</sup>

23. Enfin, un système de responsabilité centré sur la figure du débiteur et sur la faute de ce dernier oblige, le plus souvent, le débiteur qui veut s'exonérer à **dévoiler au juge son propre fonctionnement interne**. Ne serait-il pas plus juste d'adopter un autre thème pour la preuve libératoire à la disposition du

<sup>28</sup> Cf. notamment CR-THÉVENOZ, N 29 ad art. 101 CO avec réf.; ainsi que le paragraphe II.2.2.2., p. 156, N 461 ss.

<sup>29</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

<sup>30</sup> Sur la responsabilité du débiteur pour ses animaux et pour ses machines, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1188 ss.

débiteur, qui soit moins invasif ? Faut-il vraiment que la banque dont les serveurs informatiques sont tombés en panne démontre la diligence dans la mise en place du système informatique, au risque de devoir choisir entre se défendre et taire des éléments qui doivent rester secrets pour des raisons de sécurité ?<sup>31</sup>

24. Le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit national suisse est presque centenaire. Il date de l'adoption du Code des obligations, en 1911. On peut même se demander s'il ne figurait pas déjà dans l'ancien Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, aux art. 110 aCO<sup>32</sup> et 115 al. 1 aCO<sup>33</sup>.

25. **Un tel système bipartite n'a pas été retenu** par les auteurs de trois codifications élaborées ces dernières années sous les auspices d'instances internationales ou supranationales telles que les Nations Unies, UNIDROIT (soit l'Institut international pour l'unification du droit privé) et l'Union européenne<sup>34</sup>. Il s'agit d'abord de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980<sup>35</sup>, que la Suisse a ratifiée, mais également de deux instruments d'harmonisation sans portée législative directe, à savoir les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international<sup>36</sup> et les Principes du droit européen du contrat préparés par la commission Lando<sup>37</sup>.

26. Ces textes, qui tendent à une harmonisation (sinon à une unification) du droit privé, offrent **une synthèse** résultant de la confrontation des principales traditions juridiques.

27. Ils retiennent une solution autre que celle du droit interne suisse. Dans chacune de ces trois codifications supranationales récentes, le régime qui régle-

---

<sup>31</sup> A propos d'une preuve libératoire au thème moins invasif, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1194.

<sup>32</sup> Aux termes de l'art. 110 aCO, « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu à des dommages et intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. »

<sup>33</sup> Aux termes de l'art. 115 al. 1 aCO, « Le débiteur répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille qui sont placés sous son autorité, par ses employés et par ses ouvriers. Les personnes morales qui exercent une industrie répondent, de même, des fautes commises par leurs représentants, employés et ouvriers dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois. » A propos du fait que l'art. 115 al. 1 aCO n'apparaît pas clairement comme une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.2.3., notamment N 1140.

<sup>34</sup> Cf. CR-THÉVENOZ/WERRO, N 10 *ad* introduction générale.

<sup>35</sup> Convention des Nations-Unies (de Vienne) du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1).

<sup>36</sup> UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* : 2004, Rome (UNIDROIT) 2004.

<sup>37</sup> COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (préparé par), LANDO Ole et BEALE Hugh (édit.), *Principles of European contract law: Parts I and II combined and revised*, Dordrecht et alii (Kluwer Law International) 2000, et COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (préparé par), LANDO Ole et alii (édit.), *Principles of European contract law: Part III*, Dordrecht et alii (Kluwer Law International) 2003.

mente la réparation du préjudice résultant de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur est général et unique, dans le sens **qu'un seul et même régime s'applique**, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>38</sup>.

28. En particulier, **n'ayant pas adopté d'approche casuistique**, ces régimes uniques de responsabilité ne requièrent pas que l'on distingue entre les agissements personnels du débiteur et ceux des tiers qui participent à l'exécution d'une obligation du débiteur de par la volonté de ce dernier.

29. De même, **ni la figure du débiteur, ni la faute de ce dernier n'y sont centrales**.

30. **De ces prémisses, est née l'idée** de décrire les régimes uniques de responsabilité de la Convention, des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens, d'en relever les caractéristiques, pour ensuite les comparer avec la réglementation de la partie générale du Code des obligations.

31. L'étude de ces instruments d'harmonisation récents permet de poser **un regard renouvelé sur nos institutions traditionnelles**. En particulier, vu leur caractère contemporain, il est probable qu'ils prennent en compte la réalité actuelle des relations économiques mieux que ne le fait le droit national suisse. Ils représentent, dès lors, des termes de comparaison auxquels il est intéressant de se confronter pour évaluer et, le cas échéant, faire évoluer la solution retenue par le législateur fédéral. Le présent travail de recherche n'a pas pour but de proposer un commentaire des art. 97 ou 101 CO, mais plutôt une réflexion autour de ces dispositions au regard des solutions retenues dans les textes supranationaux.

32. Avant de détailler le plan selon lequel l'ouvrage est articulée, il se justifie de mettre en évidence **deux caractéristiques de l'optique d'analyse** choisie. L'une concerne les instruments supranationaux, l'autre le droit interne suisse.

33. Une première caractéristique du présent travail de recherche consiste dans la **manière dont l'analyse des trois textes d'harmonisation a été organisée**. Les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens en matière de responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, sont étudiées dans une partie commune de l'ouvrage, alors que celle de la Convention est traitée à part.

34. Il s'agit **d'un compromis** entre l'envie de tout regrouper pour éviter les répétitions et la sensation d'une certaine incompatibilité entre la Convention et les Principes. En effet, celle-là est un instrument de *hard law* qui fait partie

<sup>38</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239. Sur l'unité du régime de responsabilité en tant que caractéristique des réglementations des Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.2., notamment N 912.

intégrante du droit suisse, alors que ceux-ci sont de *soft law* et ne font pas partie du droit suisse. La première date des années soixante-dix et est figée, dans le sens que son texte ne change plus. Les autres ont été élaborés plutôt dans les années quatre-vingt-dix et représentent le résultat, non définitif, d'un *work in progress* qui continue tant dans le cadre d'UNIDROIT que de l'Union européenne. Enfin, la Convention a fait l'objet d'une très grande jurisprudence, alors que les Principes sont beaucoup moins appliqués et souvent ne sont cités qu'à titre subsidiaire, pour confirmer la justesse, pour ainsi dire universelle, de la solution à laquelle conduit le droit applicable au litige.

35. Par contre, une seule et même partie est dédiée aux réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens en raison de leur **grande concordance** : non seulement le choix des sujets abordés, l'ordre des chapitres et la manière de formuler les dispositions sont similaires, mais très souvent les solutions adoptées sont également les mêmes ou comparables<sup>39</sup>.

36. Une deuxième caractéristique de l'étude concerne l'analyse du droit interne suisse. Elle réside dans le fait de **mettre l'accent sur l'art. 101 al. 1 CO** plus que sur l'art. 97 al. 1 CO, ainsi que sur le rapport que ces dispositions entretiennent entre elles.

37. Lorsque la doctrine conduit des études comparatives avec le droit national suisse en matière de responsabilité du débiteur, elle prend le plus souvent en considération uniquement l'art. 97 al. 1 CO, à l'exclusion de l'art. 101 al. 1 CO<sup>40</sup>. En d'autres termes, elle se concentre sur une seule des deux normes fondamentales en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation et néglige la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui. Or, les régimes uniques de responsabilité tels que celui de la Convention ou ceux des Principes appréhendent par des notions générales et uniques toutes les situations dans lesquelles l'inexécution au sens large d'une obligation est imputable au débiteur. En particulier, ils s'appliquent même si le préjudice a été causé par un tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations du débiteur de par la volonté de celui-ci. Dès lors, si l'on veut les confronter avec le droit interne suisse, il faut traiter tant de l'art. 97 al. 1 CO que de l'art. 101 al. 1 CO, parce que négliger l'analyse de cette deuxième disposition **reviendrait à comparer des ensembles factuels n'ayant pas la même étendue** et qui donc ne sont que partiellement comparables.

38. Si l'art. 97 al. 1 CO est certes au premier plan dans le Code des obligations, la loi ne prévoit toutefois pas de primauté de cette disposition par rap-

---

<sup>39</sup> HARTKAMP, *Principles*, p.141 s. ; DutchComm-HONDIUS, N 4, p.15 ; BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*, p.316 ; BOELE-WOELKI, *Principles*, N15 ss, p.74 ss. Cf. également l'introduction du sous-chapitre III.2.1., notamment N 882.

<sup>40</sup> Ainsi MÜLLER-CHEN, p. 325 s.

port aux autres sources de responsabilité dite contractuelle<sup>41</sup>, en particulier par rapport à l'art. 101 al. 1 CO. L'idée de mettre l'accent sur l'analyse de cette disposition n'est pas seulement une manière d'adopter une approche nouvelle et donc de conduire une recherche originale. Il s'agit surtout d'un **choix qui rapproche la théorie de la pratique**, si l'on accepte le postulat, déjà évoqué, que de nos jours, lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, elle l'est plus fréquemment pour le fait d'un tiers que pour le propre fait du débiteur.

39. Dans l'optique de préparer la réflexion sur la responsabilité du débiteur du droit interne suisse au regard des solutions retenues dans les codifications supranationales récentes, **la première partie** de la présente étude traitera de la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, selon la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980. En effet, ce texte est considéré comme l'instrument le plus important d'harmonisation au niveau international de normes de droit matériel réglant des relations de droit privé; son importance est attestée par le nombre élevé d'Etats parties à la Convention (actuellement 72<sup>42</sup>, appartenant à tous les continents et traditions juridiques, représentant ensemble plus des deux tiers des échanges commerciaux mondiaux) et de décisions judiciaires et sentences arbitrales qui s'y rapportent (nettement plus de 1000)<sup>43</sup>. Cette codification est également la plus ancienne des trois et elle a largement influencé le contenu des deux autres<sup>44</sup>, de sorte qu'il est préférable d'en traiter en premier. Par ailleurs, elle est un acte plus connu par la pratique du droit en Suisse que les deux autres, étant donné que depuis le 1<sup>er</sup> mars 1991 elle fait partie intégrante du droit suisse et s'impose au juge au même titre que le droit interne<sup>45</sup>.

40. Afin de respecter l'autonomie de la Convention par rapport au Code des obligations<sup>46</sup>, cette première partie comptera **deux chapitres**. Le premier se limitera à décrire, de façon neutre, le système qui, dans la Convention, traite des conséquences de l'inexécution au sens large des obligations et notamment le régime de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui. Ce chapitre

<sup>41</sup> La responsabilité dite contractuelle est la responsabilité pour l'inexécution au sens large d'une obligation, soit d'un devoir juridique relatif (cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* introduction aux art. 97-109 CO, et TERCIER, *obligations*, N 1078).

<sup>42</sup> Liban est le dernier Etat qui a adhéré à la Convention, en date du 21 novembre 2008 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009).

<sup>43</sup> Dans ce sens, CNUDCI, N 2 *ad* Présentation; ainsi que la « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats » (COM/2001/0398 final), *in Journal officiel* n° C 255 du 13 septembre 2001, p. 1 ss, N 18. Cf. également BONELL, « *Codice* », p. 319; TERCIER/FAVRE, N 1530; PICHONNAZ, N 1565; ainsi que Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 26 août 1989 (cause n° 6281/1989; CLOUT n° 102; CISG-online n° 8), N 22.

<sup>44</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. notamment BONELL, « *Codice* », p. 323 s.

<sup>45</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1337.

<sup>46</sup> Sur le caractère autonome de la Convention, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 60.

intéressera surtout ceux qui veulent se remémorer la réglementation de la Convention. Ensuite, les caractéristiques de cette réglementation seront mises en évidence dans le deuxième chapitre, en vue de la comparaison avec la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, prévue par les dispositions générales du Code des obligations.

41. Les juristes suisses éprouvent souvent des réticences à l'égard du système de responsabilité de la Convention. Ce sentiment est notamment dû au fait que l'action en dommages-intérêts prévue par ce texte ne présuppose pas de faute (subjective) du débiteur ou des tiers dont celui-ci répond<sup>47</sup>. Ainsi, selon TERCIER, « c'est là une différence essentielle avec le droit suisse »<sup>48</sup>. L'on peut se demander s'il existe véritablement une si grande différence en matière d'imputabilité au débiteur de l'inexécution au sens large d'une obligation entre les deux systèmes de responsabilité adoptés, respectivement, par le législateur suisse (au début du siècle dernier) et par les auteurs de la Convention (beaucoup plus récemment). Cette interrogation sera au cœur de **la deuxième partie** du présent ouvrage.

42. Analyser l'imputabilité au débiteur de l'inexécution au sens large de ses obligations revient à **traiter de la preuve libératoire dont dispose le débiteur** pour s'exonérer de sa responsabilité. En effet, ce dernier répond, en principe, de toute inexécution, de sorte que la limite de ce qui lui est véritablement imputable dépend de la preuve que le système de responsabilité lui reconnaît pour se libérer de sa responsabilité. C'est ce qu'on peut appeler une analyse en creux : étudier la preuve libératoire à la disposition du débiteur permet de déterminer ce qui n'est pas imputable à ce dernier et, par effet réflexe, également ce qui lui est imputable.

43. Il se justifie d'examiner ce sujet après avoir étudié la Convention (première partie) et avant de traiter des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens (troisième partie) principalement parce que, sur cette question précise, les réglementations des Principes ne font que confirmer les choix de la Convention<sup>49</sup> : en particulier, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE sont calqués sur l'art. 79 al. 1 CVIM, qui est repris presque mot par mot et de la sorte généralisé<sup>50</sup>. Il n'est, dès lors, **pas utile d'attendre l'analyse des réglementations des Principes** avant de développer la thématique de la preuve libératoire à la disposition du débiteur. Surtout, l'idée d'une « différence essentielle » est née de la

---

<sup>47</sup> Concernant le caractère objectif de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention, cf. le paragraphe I.2.1.2.A., p. 86, N 254 ss.

<sup>48</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1484.

<sup>49</sup> A propos de la concordance des réglementations des Principes avec la solution de la Convention, cf. le paragraphe III.2.1.3.A., notamment N 893.

<sup>50</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

comparaison entre les régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse ; il est donc approprié de la critiquer dans le contexte même qui l'a vu naître.

44. Voulant mettre l'accent sur l'analyse de l'art. 101 al. 1 CO, la deuxième partie traitera de la preuve libératoire dont dispose le débiteur pour s'exonérer de sa responsabilité en **deux chapitres**, par le développement de deux problématiques liées l'une à l'autre. Dans le premier chapitre, il s'agira de comprendre pourquoi il se justifie qu'un débiteur réponde du fait d'autrui, dans l'idée qu'une compréhension de cette raison d'être permettra une meilleure appréhension du régime voulu par le législateur fédéral. En particulier, ce chapitre se terminera par une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, qui contrevient aux idées à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers. Ensuite, le deuxième chapitre précisera quel est le contenu matériel de la preuve libératoire à la disposition du débiteur s'agissant de la responsabilité pour des auxiliaires. Les développements montreront la complexité, déjà mentionnée, de la réglementation du droit national suisse en matière de responsabilité du débiteur et donneront une réponse aux questions soulevées quand nous avons évoqué cette particularité de la réglementation<sup>51</sup>. Enfin, il se conclura notamment par la démonstration qu'il existe une similarité matérielle des régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse.

45. **La troisième partie** de la présente étude portera sur la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, selon les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen du contrat.

46. Comme pour le traitement de la réglementation de la Convention, pour respecter l'autonomie des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens par rapport au Code des obligations<sup>52</sup>, cette troisième partie comprendra **deux chapitres**. Le premier se bornera à décrire, de façon neutre, les systèmes qui, dans les Principes, traitent des conséquences de l'inexécution au sens large des obligations et notamment le régime de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui. Ensuite, les caractéristiques des réglementations seront mises en évidence dans le deuxième chapitre, en vue de l'analyse comparative avec la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, prévue par les dispositions générales du Code des obligations.

47. Tant pour le Groupe de travail d'UNIDROIT que pour la Commission européenne du droit des contrats, la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises a été une source d'inspiration incontournable et

<sup>51</sup> A propos d'une certaine complexité du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. *supra*, notamment N 21.

<sup>52</sup> Sur le caractère autonome des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 619.



particulièrement féconde<sup>53</sup>. Ainsi, les commentaires qui accompagnent les Principes d'UNIDROIT s'abstiennent de faire référence aux droits nationaux ; par contre, lorsqu'une règle a été reprise plus ou moins littéralement de la Convention, ils en indiquent explicitement la source<sup>54</sup>. Toutefois, bien que la Convention ait été un point de référence obligatoire, ses solutions n'ont pas été suivies aveuglément. Des différences importantes existent<sup>55</sup>, ce qui justifie que l'on sépare l'analyse de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes d'UNIDROIT et par les Principes européens de celle de la Convention. S'ajoutent à cet élément les motifs déjà énoncés, justifiant le choix de ne pas regrouper l'analyse des trois codifications supranationales récentes<sup>56</sup>. Il sera, néanmoins, intéressant de **comparer les réglementations des Principes avec celle de la Convention** tout au long de l'examen de ceux-là, pour savoir si, par rapport à la matière traitée dans cette étude, la Convention a été plutôt infirmée ou confirmée par les deux instruments d'harmonisation adoptés environ trois lustres après elle.

48. Les développements montreront que, malgré des champs d'application différents, les codifications supranationales récentes prévoient **un système fondamentalement commun** régissant la responsabilité du débiteur. Ce système a une vocation générale, qui dépasse potentiellement les limites posées par les champs d'applications de chacun de ces textes internationaux.

49. C'est l'un des grandes mérites des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens, d'avoir su métaboliser les règles de droit de la Convention, pour reposer ensuite celles-ci dans un système de responsabilité structuré et cohérent, à vocation universelle. L'on peut s'interroger sur l'attitude que le législateur suisse doit prendre face à ce système, désormais codifié. Cette question sera au cœur de **la quatrième partie** du présent ouvrage, dans laquelle l'attention se portera donc principalement sur le système bipartite de la responsabilité du débiteur que le législateur fédéral a adopté au début du siècle dernier.

50. Dans cette dernière partie, l'analyse du système mis en place par le législateur suisse pour que le débiteur réponde du dommage subi par le créancier fera apparaître que ce système bipartite de responsabilité est plus proche des régimes uniques des textes supranationaux que ce qu'on pourrait croire à première vue. Elle sera articulée en **deux chapitres** traitant de deux problématiques différentes.

---

<sup>53</sup> UNIDROIT, p. XVI, et COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXV ; ainsi que HARTKAMP, *unidroit*, p. 85 s. ; PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 575 ; HARTKAMP, *European*, p. 343.

<sup>54</sup> UNIDROIT, p. XV.

<sup>55</sup> HARTKAMP, *Principles*, p. 142.

<sup>56</sup> Sur la sensation d'une certaine incompatibilité entre la Convention et les Principes, cf. *supra*, notamment N 34.

51. **Le premier** démontrera qu'il est possible et qu'il se justifie de comprendre, d'ores et déjà, les art. 97 à 109 CO comme les manifestations d'un régime sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations plus général et fondamentalement unique, dans le sens qu'il ne faut pas rechercher la cause de la défaillance (demeure, impossibilité subséquente, mauvaise exécution) pour connaître les droits et les obligations respectifs du débiteur et du créancier mais il suffit, en principe, de constater l'inexécution au sens large. Les moyens qui s'offrent au créancier du fait de l'inexécution ne dépendent pas tellement de la cause de celle-ci, mais plutôt de son intensité. Cette unité du régime garantit une certaine harmonie du droit interne suisse avec les régimes uniques de responsabilité des codifications supranationales récentes.

52. **Le deuxième** traitera de la construction législative par laquelle le débiteur répond du fait d'autrui. Il illustrera que l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict qui fonctionne, sous l'angle du contenu, de la même façon qu'une norme d'imputation. Le système légal y gagnerait, néanmoins, en simplicité, en souplesse et en élégance si cette disposition était, au plan formel déjà, une norme d'imputation, à l'image de l'art. 8:107 PE. A un niveau plus général, les développements mettront en évidence que le système bipartite du droit national suisse est mal adapté à la réalité des relations économiques d'aujourd'hui, et qu'il serait opportun de le repenser et d'aborder la responsabilité du débiteur d'une manière nouvelle, sur le modèle des codifications supranationales récentes. En particulier, cette considération s'appuyera sur l'examen de deux questions, déjà évoquées, que le droit interne suisse appréhende avec difficulté: celle de la responsabilité du débiteur pour ses animaux ou, bien plus important, pour ses machines<sup>57</sup> et celle du thème de la preuve libératoire à la disposition du débiteur pour s'exonérer de sa responsabilité<sup>58</sup>.

53. Il en résulte un **plan en quatre parties**: deux consacrées à l'analyse des instruments supranationaux et deux à celle du droit national suisse, en alternance. Par ailleurs, cette alternance symbolise le rôle que le droit suisse doit avoir dans le processus d'harmonisation du droit des obligations qui est en cours au plan international et européen. Il ne doit pas seulement être réceptacle, point d'arrivée, des solutions élaborées au niveau supranational et qui méritent d'être adoptées, mais également source, point de départ, pour que ces solutions soient les meilleures possibles. En effet, une grande partie de la communauté internationale regarde avec intérêt à la tradition juridique de notre petit pays, multiculturel et multilingue, vieux de sept siècles. Le grand

---

<sup>57</sup> Sur le caractère peu évolutif du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. *supra*, notamment N 22.

<sup>58</sup> A propos de la nature invasive de la preuve libératoire à la disposition du débiteur, cf. *supra*, notamment N 23.

nombre de contrats internationaux comportant une clause d'élection de droit suisse en est une preuve suffisante.

54. Le domaine du droit investigué par la présente étude est celui de la responsabilité dite contractuelle. L'ouvrage concerne ainsi essentiellement **un seul des moyens que le créancier peut faire valoir en cas d'inexécution** : la prétention en réparation du préjudice causé par celle-ci. Comme l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile<sup>59</sup> traite également de ce droit du créancier, les pages qui suivent ne manqueront pas de prendre en considération ces travaux.

---

<sup>59</sup> Pour toute information concernant l'avant-projet, il est opportun de consulter premièrement le site Internet de l'Office fédéral de la justice à l'adresse : [www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_haftpflicht.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_haftpflicht.html) (rubriques : Thèmes – Economie – Législation – Projets terminés – Responsabilité civile).

# I. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises\*

55. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises compte quatre parties. Dans la première, elle définit son propre champ d'application et énonce quelques règles générales (art. 1 à 13 CVIM); dans la deuxième, elle traite de la formation du contrat de vente internationale de marchandises (art. 14 à 24 CVIM); dans la troisième, elle règle les effets du contrat (art. 25 à 88 CVIM); enfin, dans la quatrième, elle expose les dispositions finales de la Convention (art. 89 à 101 CVIM). C'est **dans la troisième partie** qu'on a notamment établi les conséquences de l'inexécution au sens large<sup>60</sup> de l'une quelconque des obligations qui lient les parties en vertu du contrat ou de la Convention elle-même.

56. Selon l'art. 4 phr. 1 CVIM, la Convention régit de manière exclusive « la formation du contrat de vente » ainsi que « les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur »; en revanche, sauf disposition contraire expresse, elle ne concerne notamment pas la « validité du contrat » (art. 4 phr. 2 let. a CVIM), ni « les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues » (art. 4 phr. 2 let. b CVIM). Dès lors, en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, les dispositions de la troisième partie de la Convention s'appliquent à **l'exclusion des art. 97 ss CO** (et des art. 197 ss CO)<sup>61</sup>.

57. Dans cette matière régie exclusivement par la Convention, **le droit interne n'est applicable que si la Convention elle-même y renvoie**. Or, seul l'art. 7 al. 2 *in fine* CVIM prévoit que, en cas de lacunes de la Convention, on

---

\* Internet représente désormais le moyen le plus efficace pour accéder à la jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Sauf exception, on peut consulter tous les arrêts cités dans la présente partie de l'étude à chacune des adresses suivantes : [www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html) (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international – Recueil de jurisprudence – Sommaires CLOUT); [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu) (*Pace Law School – CISG Database*; masque de consultation à l'adresse [www.cisg.law.pace.edu/cisg/search-cases.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/search-cases.html)); [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (*UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles*; répertoires d'accès à la jurisprudence à l'adresse [www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13352](http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13352)); [www.cisg-online.ch](http://www.cisg-online.ch) (répertoires à l'adresse [www.cisg-online.ch/cisg/cases.html](http://www.cisg-online.ch/cisg/cases.html)). La consultation de ces deux dernières bases de données est d'une grande facilité. Nous indiquerons les éléments utiles à la recherche de chaque arrêt: juridiction, date, numéro de cause, numéro CLOUT, numéro CISG-online.

<sup>60</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, notamment N 4.

<sup>61</sup> Dans le même sens TERCIER/FAVRE, N 1657; ainsi que JANSER, p. 4. Cf. également *Tribunale Civile di Monza* (Italie), 14 janvier 1993 (cause n° R. G. 4267/88; CLOUT n° 54; CISG-online n° 102).

doit exceptionnellement et subsidiairement se référer à « la loi désignée par la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. »<sup>62</sup>

En matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, la loi (intérieure) désignée par les règles du droit international privé est appliquée très rarement. Dans cette étude, un seul cas d'application des droits nationaux a retenu notre attention, s'agissant du rapport entre les indemnités forfaitaires ou les clauses pénales convenues (par hypothèse, valablement) par les parties et le régime prévu par la Convention<sup>63</sup>.

58. L'art. 4 phr. 1 CVIM témoigne de la volonté des auteurs de la Convention d'émanciper nettement celle-ci des droits nationaux pour les matières qu'elle régit. Cette volonté s'exprime également à l'art. 7 al. 1 CVIM, d'après lequel il faut prendre en compte trois éléments pour interpréter la Convention : son caractère international, la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que celle d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. C'est ce qu'on a appelé le **principe de l'interprétation autonome**<sup>64</sup>.

59. Dans le même ordre d'idées, les auteurs de la Convention ont parfois choisi d'**employer des termes nouveaux**, en vue de réduire la tentation de se référer à d'autres régimes juridiques que celui de la Convention elle-même ; tel est le cas, par exemple, de l'emploi du terme « empêchement » à l'art. 79 CVIM<sup>65</sup>.

60. Ils ont donc voulu **une réglementation qui soit très largement autonome**, en particulier qui soit la plus indépendante possible par rapport aux lois intérieures des pays qui sont parties à la Convention.

61. Dans cette optique, et notamment dans l'idée d'assurer la convergence des interprétations des dispositions de la Convention, il devient très important de déterminer quel est le rôle qu'il faut attribuer aux décisions de tribunaux étrangers, soit d'instances judiciaires autres que celles du pays dans lequel le différent doit être jugé. De la même manière que l'a admis un juge italien, il faut considérer que, bien que les tribunaux ne soient pas liés par **les décisions étrangères** (comme l'aurait voulu, en revanche, une partie minoritaire de la doctrine), **celles-ci doivent être prises en considération** pour assurer et promouvoir l'application uniforme de la Convention conformément à l'art. 7 al. 1

---

<sup>62</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1575 avec réf., et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1653 ss.

<sup>63</sup> A propos du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.3.B., notamment N 137. Concernant le rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et la preuve libératoire prévue à l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.2.E., p. 56, N 162 s.

<sup>64</sup> Cf. PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1609, ainsi que N 1614 ss.

<sup>65</sup> Cf. par exemple, CNUDCI, N 5 *ad* Présentation, et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1610, n. 1931. Cf. également l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 141.

CVIM<sup>66</sup>. De même, un tribunal ne doit pas se distancer de la décision d'une instance étrangère sans motiver son choix<sup>67</sup>.

62. Afin de respecter l'autonomie de la Convention par rapport au Code des obligations, l'analyse du système qui, dans la Convention, traite des conséquences de l'inexécution au sens large des obligations et surtout du régime de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui sera conduite **dans cette partie** de la manière suivante : on commencera par décrire la réglementation dans le premier chapitre (I.1.) ; ensuite, on en mettra en évidence les caractéristiques dans le deuxième (I.2.). Le premier chapitre intéressera surtout ceux qui veulent se rappeler de la réglementation de la Convention. Le deuxième préparera la comparaison avec la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, prévue par les dispositions générales du Code des obligations.

## 1. Description de la réglementation

63. Si le vendeur n'exécute pas l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la Convention, **l'acheteur peut**, entre autres, «**demandeur les dommages-intérêts** prévus aux articles 74 à 77 » (art. 45 al. 1 let. b CVIM). Ce droit peut être exercé alternativement ou cumulativement avec un des autres moyens prévus aux art. 46 à 52 CVIM (art. 45 al. 1 let. a et al. 2 CVIM). Le cumul n'est possible que si les deux remèdes invoqués visent à corriger des déséquilibres différents<sup>68</sup>.

**Exemple** : Il a été jugé, conformément à l'art. 45 al. 2 CVIM, que l'acheteur peut déclarer le contrat résolu au sens de l'art. 49 CVIM et cumulativement demander la réparation du dommage résultant de l'inexécution selon les art. 74 à 77 CVIM<sup>69</sup>. L'action en dommages-intérêts se superpose alors aux effets de la résolution prévus aux art. 81 à 84 CVIM<sup>70</sup>.

64. Si l'acheteur n'exécute pas l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la Convention, **le vendeur peut**, entre

<sup>66</sup> *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405 ; CLOUT n° 378 ; CISG-online n° 493). Dans le même sens *Tribunale di Pavia* (Italie), 29 décembre 1999 (cause n° 468 ; CLOUT n° 380 ; CISL-online n° 678) ; ainsi que déjà PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1627 s. avec réf.

<sup>67</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1629.

<sup>68</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1483.

<sup>69</sup> *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166 ; CISG-online n° 187), consid. C.I.1. Cf. également *Oberlandesgericht Hamburg* (Allemagne), 28 février 1997 (cause n° 1 U 167/95 ; CLOUT n° 277 ; CISG-online n° 261).

<sup>70</sup> *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166 ; CISG-online n° 187), consid. C.I.3. Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 5 ad art. 74 CVIM avec réf.

autres, « **demander les dommages-intérêts** prévus aux articles 74 à 77 » (art. 61 al. 1 let. b CVIM). La situation juridique est alors semblable à celle qui vient d'être décrite s'agissant des droits de l'acheteur lorsque le vendeur contrevient à l'une de ses obligations ; en particulier, le droit à la réparation du dommage peut être exercé alternativement ou cumulativement avec un des autres moyens prévus aux art. 62 à 65 CVIM (art. 61 al. 1 let. a et al. 2 CVIM).

65. On notera que, à l'exception de l'art. 12 CVIM et des dispositions de la quatrième partie (art. 89 à 101 CVIM), **les parties au contrat peuvent déroger** (expressément ou tacitement) aux règles de droit de la Convention (art. 6 CVIM)<sup>71</sup>, en particulier à toutes les dispositions de la troisième partie. Dès lors, le système aménagé par la Convention pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations est subsidiaire à ce que les parties ont prévu. Or, dans le commerce international celles-ci font largement usage de la liberté contractuelle, notamment s'agissant des sanctions de l'inexécution<sup>72</sup>.

### 1.1. L'inexécution causée par le créancier (art. 80 CVIM)

66. La formulation des art. 45 al. 1 et 61 al. 1 CVIM laisse croire que, si le créancier n'obtient pas de bonne exécution de l'une quelconque de ses créances découlant du contrat ou de la Convention, il peut se prévaloir contre le débiteur de toute une série de moyens indépendamment des causes de l'inexécution au sens large. En réalité, à moins que les parties au contrat n'aient dérogé au système prévu par la Convention<sup>73</sup>, la règle énoncée par ces deux dispositions n'est pas absolue, mais connaît deux exceptions<sup>74</sup>. Ainsi, l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM admet que le débiteur d'une obligation, dont le créancier n'a pas obtenu de bonne exécution, ne doit pas réparer le dommage résultant de l'inexécution au sens large s'il prouve que celle-ci ne lui est pas imputable<sup>75</sup>. La Convention émet une autre **réserve importante aux droits du créancier insatisfait** à l'art. 80 CVIM. Cette disposition établit que celui-ci ne peut pas se prévaloir d'une inexécution au sens large par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à une action ou à une omission de sa part.

67. Le débiteur peut **invoquer concurremment l'art. 80 CVIM et l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM**. En effet, les deux règles de droit sont indépendantes l'une de

---

<sup>71</sup> Cf. notamment *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405 ; CLOUT n° 378 ; CISG-online n° 493) ; dans le même sens déjà WITZ, *premières applications jurisprudentielles*, p. 162.

<sup>72</sup> Concernant les aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3., p. 45, N 131 ss.

<sup>73</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger au système de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65.

<sup>74</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 4 ad art. 74 CVIM.

<sup>75</sup> S'agissant de l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss.

l'autre, dans le sens que la réalisation en elle-même des conditions de l'une n'influence pas celle des conditions de l'autre et *vice versa*<sup>76</sup>. Toutefois, le débiteur d'une obligation qui n'a pas été bien exécutée a principalement intérêt à essayer d'apporter la preuve que les conditions de l'art. 80 CVIM sont remplies, parce que la conséquence juridique de cette disposition est potentiellement plus avantageuse pour lui, étant donné que le créancier est, le cas échéant, déchu de tous ses droits<sup>77</sup>. En raison de sa conséquence juridique, on peut dire que l'art. 80 CVIM a le pas sur l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM (ainsi MAGNUS<sup>78</sup>), dans le sens qu'il devient souvent inutile de songer à l'application de cette deuxième disposition dès que les conditions de la première sont réalisées, le débiteur ayant alors réussi sa défense<sup>79</sup>.

### 1.1.1. La raison d'être de la déchéance des droits

68. L'idée à la base de l'art. 80 CVIM est que, même si conformément aux art. 45 al. 1 et 61 al. 1 CVIM le débiteur est garant d'une bonne exécution des obligations découlant pour lui du contrat et de la Convention, cette garantie cesse d'exister si et dans la mesure où l'inexécution au sens large est imputable au créancier. En effet, il serait **contraire à la bonne foi dans le commerce international**, que la Convention veuille assurer (cf. l'art. 7 al. 1 CVIM), que le créancier puisse déduire des droits de l'inexécution qui lui est imputable et fasse supporter à l'autre partie les conséquences d'actes dont lui-même est l'auteur ou qu'il doit assumer<sup>80</sup>.

### 1.1.2. Le champ d'application de l'art. 80 CVIM

69. Il est admis que l'art. 80 CVIM est **applicable lorsque** les actes imputables au créancier qui ont causé l'inexécution au sens large sont tels qu'ils enlèvent toute pertinence à ceux imputables au débiteur.

70. En revanche, il est **controversé en doctrine** de savoir si la disposition s'applique lorsque les actes imputables au créancier ne sont pas propres à libérer le débiteur de toute sanction de l'inexécution. En particulier, dans la troisième édition en allemand du commentaire édité par SCHLECHTRIEM, bien qu'il y admît qu'en fait il est possible que l'inexécution soit imputable en partie au

<sup>76</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1602.

<sup>77</sup> Concernant l'effet de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du créancier, cf. le paragraphe I.1.1.4. A., p. 31, N 92 ss.

<sup>78</sup> MAGNUS, N 64 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>79</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 2 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>80</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 1 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et MAGNUS, N 2 et 5 *ad* art. 80 CVIM avec réf.



créancier et en partie au débiteur<sup>81</sup>, STOLL niait que l'art. 80 CVIM soit alors applicable<sup>82</sup>.

71. Or, la lettre de l'art. 80 CVIM indique que le créancier est déchu de ses droits « **dans la mesure où** »<sup>83</sup>, et laisse croire que la règle de droit est applicable également lorsque tant les actes imputables au créancier que ceux imputables au débiteur ont causé l'inexécution au sens large.

72. En outre, selon l'**adage interprétatif « qui peut le plus peut le moins »**, il serait étrange de considérer que la disposition n'est alors pas applicable, étant donné qu'elle l'est dans le cas bien plus grave où les actes imputables au créancier enlèvent toute pertinence à ceux imputables au débiteur.

73. On notera encore que, dans les deux autres instruments d'harmonisation analysés, l'**art. 7.1.2 PU** et l'**art. 8:101 al. 3 PE**, qui sont formulés de manière très similaire à l'art. 80 CVIM, sont clairement applicables également lorsque tant les actes imputables au créancier que ceux imputables au débiteur ont causé l'inexécution au sens large<sup>84</sup>.

74. Dès lors, la **doctrine majoritaire**, qui admet l'application de l'art. 80 CVIM dans cette hypothèse également, **doit être préférée**<sup>85</sup>.

75. **En résumé**, l'art. 80 CVIM est applicable lorsqu'un acte imputable au créancier a été une des causes pertinentes, ne serait-ce que partiellement, de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur.

### 1.1.3. Les conditions

76. Le champ d'application de l'art. 80 CVIM retenu dans le paragraphe précédent (I.1.1.2., N 69 ss) le suggère : la conséquence juridique de cette disposition, soit la déchéance des droits du créancier, **présuppose** un acte imputable au créancier qui soit au moins une des causes pertinentes de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur.

---

<sup>81</sup> SCHLECHTRIEM-STOLL, N 4 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>82</sup> SCHLECHTRIEM-STOLL, N 6 *ad* art. 80 CVIM. L'avis exprimé dans la troisième édition a été relativisé successivement (pour la cinquième édition, cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ALLEMAND)-SCHWENZER, N 7 *ad* art. 80 CVIM). Cf. également SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 7 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>83</sup> En anglais, « to the extent that » ; en espagnol, « en la medida en que ».

<sup>84</sup> Sur l'applicabilité des art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE également lorsque l'acte imputable au créancier n'explique que partiellement l'inexécution par le débiteur, cf. le paragraphe III.1.2.2.A., notamment N 678.

<sup>85</sup> En particulier, MAGNUS, N 14 s. *ad* art. 80 CVIM avec réf. ; BRUNNER, N 6 *ad* art. 80 CVIM avec réf. ; HEUZÉ, N 478, p. 433 ; NEUMAYER/MING, N 3 *ad* art. 80 CVIM avec réf. ; HERBER/CZERWENKA, N 7 s. *ad* art. 80 CVIM avec réf.

A. *Un acte imputable au créancier*

77. **Tout acte imputable au créancier** peut être relevant, qu'il s'agisse matériellement d'une action ou d'une omission<sup>86</sup>, ou qu'il s'agisse d'un acte du créancier lui-même ou de celui d'une tierce personne dont il répond<sup>87</sup>.

B. *Une cause pertinente de l'inexécution*

78. L'acte imputable doit être une cause pertinente de l'inexécution au sens large, et cela dans **deux sens**.

79. Premièrement, il doit être **une cause de l'inexécution au sens large d'un point de vue naturel** (STOLL et GRUBER emploient l'expression « im logischen Sinne »<sup>88</sup>)<sup>89</sup>.

80. Deuxièmement, il doit être **objectivement propre à empêcher une bonne exécution du contrat**, ne serait-ce que partiellement<sup>90</sup>.

81. Dans l'optique de ce deuxième aspect, lorsque l'inexécution au sens large est due à **plusieurs causes**, il faut évaluer et pondérer la pertinence de chacune de celles-ci par rapport aux autres<sup>91</sup>. On peut alors distinguer des hypothèses dans lesquelles la situation juridique est relativement simple et d'autres dans lesquelles elle est plus complexe.

82. Si l'acte, ou les actes, imputable au créancier est d'une importance telle qu'il enlève toute pertinence aux autres causes, il est, en définitive, **la seule cause pertinente** de l'inexécution. La situation juridique ne présente alors pas de problèmes particuliers, car tout se passe comme si les autres causes n'existaient pas.

83. Dans l'hypothèse contraire, à savoir si l'acte imputable au créancier n'a pas d'impact tel qu'il prive de pertinence les autres causes, la pertinence de celles-ci subsiste. L'acte imputable au créancier est alors, **tout au plus, une des causes pertinentes** de l'inexécution. En effet, deux sous-hypothèses doivent être envisagées. Soit l'importance des autres causes est telle qu'elle enlève toute pertinence à l'acte imputable au créancier ; soit tant l'acte de celui-ci que celles-là gardent une certaine pertinence par rapport à l'inexécution (au sens large).

<sup>86</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 9 *ad* art. 80 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 3 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>87</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 11 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 3 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>88</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ALLEMAND)-SCHWENZER, N 4 *ad* art. 80 CVIM. Dans la version en anglais, « in a logical sense » (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 4 *ad* art. 80 CVIM).

<sup>89</sup> Cf. également BRUNNER, N 5 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>90</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 4 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et PILTZ, § 4 N 214 avec réf.

<sup>91</sup> Cf. par exemple, MAGNUS, N 14 *ad* art. 80 CVIM, et ACHILLES, N 4 *ad* art. 80 CVIM.

Dans le premier cas, l'acte imputable au créancier n'est, en définitive, pas une des causes pertinentes de l'inexécution; dans le deuxième, il en est une, mais seulement partielle. La situation juridique est alors plus complexe, car l'art. 80 CVIM ne doit produire d'effets juridiques que dans la mesure où l'acte imputable au créancier est une cause pertinente de l'inexécution au sens large<sup>92</sup>.

84. La situation la plus typique dans laquelle plusieurs causes concourent à la survenance de l'inexécution au sens large est celle dans laquelle celle-ci est due **tant à un acte imputable au créancier qu'à un acte imputable au débiteur**.

**Exemple 1:** Si l'acheteur reçoit les marchandises après la date convenue et que ce retard est dû au fait que le vendeur les a expédiés tardivement, mais également au fait que le créancier a indiqué l'adresse de livraison de manière erronée, le retard pris dans la livraison a, en définitive, été causé par les comportements des deux parties. Conformément à l'art. 80 CVIM, l'acheteur est uniquement fondé à exercer les droits énoncés à l'art. 45 al. 1 CVIM pour le retard résultant de l'expédition tardive, mais non pour celui qui résulte de sa propre indication erronée de l'adresse de livraison<sup>93</sup>.

**Exemple 2:** Si l'acheteur fournit en retard des indications indispensables à la fabrication de la machine qu'il a commandée au vendeur et qu'il empêche de la sorte ce dernier de livrer à temps, l'acheteur n'est pas fondé à exercer les droits énoncés à l'art. 45 al. 1 CVIM pour ce retard, mais il pourrait s'en prévaloir pour les éventuels défauts de la machine finalement livrée, qui seraient dus à une mauvaise mise en application des indications données<sup>94</sup>.

85. La même évaluation et pondération de chaque cause doit avoir lieu lorsque l'inexécution au sens large est due **tant à un acte imputable au créancier qu'à un cas de force majeure**<sup>95</sup>. Toutefois, une partie importante de la doctrine<sup>96</sup> considère que, si un acte imputable au créancier est une cause de l'inexécution, ce dernier ne peut pas s'opposer à la déchéance de ses droits en alléguant que l'action ou l'omission qu'on lui impute est, en définitive, due (le cas échéant, partiellement) à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>97</sup>. Les raisons pour lesquelles cela est contestable peuvent être explicitées comme suit.

---

<sup>92</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 9 *ad* art. 80 CVIM, et MAGNUS, N 14 *in initio ad* art. 80 CVIM. Concernant l'effet de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du créancier, cf. le paragraphe I.1.1.4.A., p. 31, N 92 ss.

<sup>93</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 9 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>94</sup> BRUNNER, N 8 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>95</sup> Dans le même sens SOERGEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 3 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>96</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 7 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et HERBER/CZERWENKA, N 4 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>97</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

86. Premièrement, pourquoi, au moment de pondérer les responsabilités respectives, **faudrait-il être plus sévère envers le créancier** s'agissant du respect de celle qui n'est pas une véritable obligation, mais plutôt une incombance (l'art. 80 CVIM prévoit, en effet, des désavantages pour le créancier sans établir de nouveaux droits pour l'autre partie)<sup>98</sup>, **qu'envers le débiteur** s'agissant de l'inexécution d'une obligation? En particulier, la raison d'être de l'art. 80 CVIM n'exige pas une sévérité aussi extrême<sup>99</sup>: pourquoi serait-il contraire à la bonne foi dans le commerce international que le créancier puisse déduire des droits de l'inexécution si l'acte qu'on lui impute est, en définitive, dû à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, alors qu'il est conforme à la même bonne foi dans le commerce international que le débiteur qui prouve que les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées ne doit pas d'indemnisation?<sup>100</sup> Ces questions se posent d'autant plus qu'il n'est pas judicieux d'attacher trop d'importance à la distinction entre incombance et obligation.

87. Deuxièmement, il est **douteux qu'on puisse admettre** que l'action ou l'omission imputable au créancier soit propre à empêcher une bonne exécution de l'obligation en cause<sup>101</sup> si celui-ci prouve que l'acte est, en réalité, dû à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM.

88. Troisièmement, la doctrine, notamment MAGNUS également, **ne traite pas si sévèrement les conditions de l'art. 82 al. 2 let. a CVIM**, alors que cette disposition est formulée de manière similaire à l'art. 80 CVIM (en particulier, on y retrouve l'expression « due à un acte ou à une omission de sa part »<sup>102</sup>). On admet en effet que, même si l'impossibilité de restituer les marchandises dans un état convenable selon l'art. 82 al. 1 CVIM est due à une action ou à une omission imputable au créancier, celui-ci n'est pas déchu du droit de déclarer le contrat résolu ou de celui d'exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement, s'il peut prouver que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Dans ce sens MAGNUS, N 5 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>99</sup> Concernant la raison d'être de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.1., p. 24, N 68.

<sup>100</sup> S'agissant de la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>101</sup> Sur le deuxième sens dans lequel l'acte imputable au créancier doit être une cause pertinente de l'inexécution au sens large, cf. *supra*, notamment N 80.

<sup>102</sup> En anglais, « caused by the first party's act or omission » à l'art. 80 CVIM et « due to his act or omission » à l'art. 82 al. 2 let. a CVIM ; en espagnol, « causado por acción u omisión de aquella » à l'art. 80 CVIM et « imputable a un acto u omisión de éste » à l'art. 82 al. 2 let. a CVIM.

<sup>103</sup> En particulier, MAGNUS, N 19 *ad* art. 82 CVIM avec réf. ; mais également, par exemple, SOERGEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 5 *ad* art. 82 CVIM avec réf., et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*,

89. Il en résulte, à notre avis, que, s'il prouve que l'action ou l'omission qu'on lui impute est due, en définitive, à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, **le créancier n'est pas déchu de ses droits.**

**Exemple 3 :** Des parties ont convenu que le vendeur yougoslave doit remettre les marchandises vendues à l'acheteur à l'établissement de ce dernier, en Hongrie. Bien après la conclusion du contrat, l'Organisation des Nations Unies déclare, de manière imprévisible, un embargo à l'encontre du pays du vendeur. Ce dernier propose à l'acheteur de lui livrer les marchandises, qui refuse cette proposition puisque l'embargo a pris effet en Hongrie. La situation juridique est alors la suivante. Le vendeur n'exécute pas son obligation de livrer. Toutefois, comme les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées en raison de l'embargo, le créancier ne peut se prévaloir ni de l'action en exécution réelle (art. 46 al. 1 CVIM), ni de celle en paiement de dommages-intérêts selon les art. 74 ss CVIM<sup>104</sup>. De même, il ne peut pas réduire le prix (art. 50 CVIM), ni exiger le remplacement (art. 46 al. 2 CVIM) ou la réparation des marchandises (art. 46 al. 3 CVIM), car ces droits ne peuvent pas être invoqués en l'absence de livraison<sup>105</sup>. Le créancier ne peut que « déclarer le contrat résolu » (art. 49 CVIM). Or, il n'est pas déchu de ce droit en vertu de l'art. 80 CVIM, parce que l'action ou l'omission qu'on lui impute (le refus de prendre livraison) est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable (l'embargo). Il peut donc se débarrasser du contrat qu'il a conclu et se procurer ce dont il a besoin auprès d'un autre vendeur. Il est, par ailleurs, conforme aux intérêts du commerce international de ne pas obliger l'acheteur à rester lié par un contrat dont il ne peut pas obtenir l'exécution sans que la loi soit violée.

90. On pourrait laisser ouverte la question, dogmatique, de savoir si formellement cette solution résulte d'une interprétation, en conformité avec l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, de la causalité pertinente qu'exige l'art. 80 CVIM (l'acte imputable au créancier n'étant pas une cause de l'inexécution au sens large propre à priver celui-ci de ses droits, s'il peut se prévaloir d'un cas de force majeure)<sup>106</sup> ; ou d'une application analogique de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM. En effet, dans le contexte de l'art. 80 CVIM, l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM en faveur du créancier ne peut être envisagée que par analogie parce qu'on ne rapproche pas à ce dernier « l'inexécution de l'une [...] de ses obligations » au sens

---

§ 235.52, p. 791. Sur la pertinence de l'art. 79 al. 2 CVIM et de l'idée qu'il sous-entend lorsque la Convention emploie l'expression « acte ou [...] omission », cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 286.

<sup>104</sup> Concernant l'effet libératoire de l'art. 79 CVIM par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., p. 77, N 219 ss.

<sup>105</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1443.

<sup>106</sup> A propos du lien entre la causalité pertinente de l'art. 80 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. *supra*, notamment N 87.

de l'art. 79 al. 1 CVIM, mais plutôt celle d'une incombance<sup>107, 108</sup>. Les deux raisonnements aboutissent pratiquement au même résultat équitable. Il est, néanmoins, intéressant de répondre à cette question pour les implications que la réponse pourrait avoir sous l'angle du fardeau de la preuve. En soutenant que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies, le créancier objecte que les conditions de l'art. 80 CVIM ne sont, en définitive, pas réalisées. Il se justifie que le créancier supporte le fardeau de la preuve de cette objection, puisqu'il en tire avantage. Or, un tel partage du fardeau de la preuve ne correspond pas à celui des conditions d'application de l'art. 80 CVIM<sup>109</sup>. Par contre, c'est bien celui qui invoque l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM qui supporte le fardeau de la preuve des conditions de cette disposition<sup>110</sup>. Dès lors, afin notamment d'éviter tout malentendu sous l'angle du fardeau de la preuve, il est préférable de considérer que la prise en compte d'un cas de force majeure dans le contexte de l'art. 80 CVIM relève d'une **application par analogie de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM**.

#### 1.1.4. Les effets

91. On décrira d'abord les effets de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du créancier (A.), ensuite ceux sur les droits du débiteur (B.).

##### A. *Sur les droits du créancier*

92. D'après l'art. 80 CVIM, si les conditions sont remplies, **le créancier est déchu de tous ses droits**.<sup>111</sup> Tel est le cas si l'acte, ou les actes, imputable au créancier est, en définitive, la seule cause pertinente de l'inexécution au sens large<sup>112</sup>. A l'autre extrême, si l'acte imputable au créancier n'est, en définitive, pas une cause pertinente de l'inexécution, le créancier n'est pas déchu de ses droits<sup>113</sup>.

---

<sup>107</sup> Sur l'art. 80 CVIM en tant qu'incombance du créancier, cf. *supra*, notamment N 86.

<sup>108</sup> Concernant l'application par analogie de l'art. 79 CVIM en cas de contravention à une incombance, cf. le paragraphe I.1.3.2.D., p. 55, N 160 s.

<sup>109</sup> Concernant le fardeau de la preuve des conditions d'application de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.5., p. 34, N 98.

<sup>110</sup> Sur le fardeau de la preuve des conditions d'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.6., notamment N 233.

<sup>111</sup> Concernant l'effet sur les droits du créancier selon les réglementations, similaires, des Principes, cf. le paragraphe III.1.2.4.A., p. 242, N 695 ss.

<sup>112</sup> Sur l'hypothèse dans laquelle l'acte imputable au créancier est, en définitive, la seule cause pertinente de l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 82.

<sup>113</sup> A propos de l'hypothèse dans laquelle l'acte imputable au créancier n'est, en définitive, pas une cause pertinente de l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 83.

93. La situation juridique est plus complexe, lorsque l'acte imputable au créancier est, en définitive, une cause pertinente, mais seulement partielle, de l'inexécution au sens large, car l'art. 80 CVIM ne doit produire d'effets juridiques que dans la mesure où celle-ci est effectivement due à l'acte imputable au créancier<sup>114</sup>. L'art. 80 CVIM lui-même l'indique par l'emploi des termes « dans la mesure où »<sup>115</sup>. Autrement dit, il faut alors décider de la déchéance des droits du créancier **en fonction de la pertinence des actes imputables à ce dernier**<sup>116</sup>. Il est intéressant de mettre en évidence quelques lignes directrices sur la manière dont cette adaptation de la conséquence juridique de l'art. 80 CVIM doit se faire.

94. **Si les effets du moyen invoqué par le créancier sont modulables en intensité**, ce dernier peut se prévaloir du droit en question uniquement dans la mesure (au *pro rata*) où l'inexécution au sens large ne lui est pas imputable. Ainsi, concrètement, il obtiendra une réduction partielle du prix (art. 50 CVIM), des intérêts partiels (art. 78 CVIM) ou une indemnisation partielle du dommage subi<sup>117</sup>. D'ailleurs, s'agissant spécifiquement des dommages-intérêts, on retrouve à l'art. 77 CVIM l'idée d'une réduction de l'indemnité dans la mesure où le dommage est imputable au créancier<sup>118</sup>.

95. En revanche, si les effets du moyen invoqué par le créancier ne sont **pas modulables en intensité** et que seule une conséquence juridique du « tout ou rien » est envisageable en pratique (c'est le cas, le plus souvent, du droit de résoudre le contrat au sens des art. 49 ou 64 CVIM, mais également du droit à l'exécution en nature et de celui au remplacement ou à la réparation des marchandises), alors le créancier peut se prévaloir du droit en question uniquement si les conditions en sont réalisées en prenant en considération l'inexécution au sens large dans la seule mesure où celle-ci ne lui est pas imputable. Cependant, une partie importante de la doctrine affirme que le créancier peut se prévaloir des moyens non modulables en intensité tant que la gravité de la ou des causes pertinentes de l'inexécution qui lui sont imputables ne dépasse pas (sensiblement) celle des causes pertinentes imputables au débiteur, mais que, en contrepartie, il peut être tenu d'indemniser l'autre<sup>119</sup>. Cette règle empirique

---

<sup>114</sup> Sur l'hypothèse dans laquelle l'acte imputable au créancier est, en définitive, une cause pertinente, mais seulement partielle, de l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 83.

<sup>115</sup> En anglais, « to the extent that » ; en espagnol, « en la medida en que ». Cf. également le paragraphe I.1.1.2., notamment N 71.

<sup>116</sup> Cf. CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.43, p. 790.

<sup>117</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 10 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et BRUNNER, N 8 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>118</sup> S'agissant de l'art. 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., p. 42, N 123 ss.

<sup>119</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 10 *ad* art. 80 CVIM, et MAGNUS, N 14 et 17 *ad* art. 80 CVIM.

rique, parfois utile, ne doit pas supplanter celle susmentionnée résultant de la logique du système, comme le montre l'exemple qui suit.

**Exemple** (même état de fait que l'exemple 2 du paragraphe I.1.1.3.B., N84) : Lorsque, indépendamment de la livraison tardive due au fait que l'acheteur a fourni en retard des indications indispensables à la fabrication de la machine qu'il a commandée au vendeur, celle-ci, finalement livrée, présente des défauts, l'acheteur peut « déclarer le contrat résolu » selon l'art. 49 al. 1 let. a CVIM si ces défauts sont d'une gravité telle qu'ils constituent, à eux-seuls, une contravention essentielle au contrat. Si tel n'est pas le cas, il ne peut pas invoquer le retard dans la livraison en plus des défauts afin d'atteindre le seuil de la contravention essentielle, car il n'est pas fondé à exercer les droits énoncés à l'art. 45 al. 1 CVIM pour ce retard qui lui est imputable (art. 80 CVIM). On ne procède alors à aucune comparaison de la gravité des causes pertinentes de l'inexécution au sens large qui lui sont imputables par rapport à celles imputables au vendeur. D'ailleurs, aucune raison valable n'existe pour laquelle les sanctions de l'inexécution, dans la mesure où celle-ci est effectivement imputable au vendeur, devraient être moindres si l'acheteur a fourni les indications indispensables avec un retard de trois mois que lorsque ce retard est de trois jours. Un tel nivellement vers le bas des standards selon lesquels on évalue la gravité d'une inexécution au sens large serait contraire aux intérêts du commerce international. Il comporterait, en outre, un relativisme malvenu en matière de sanctions de l'inexécution, car le même défaut imputable au débiteur pourrait avoir des conséquences juridiques différentes en fonction d'un élément dont le défaut ne dépend pas, à savoir la mesure dans laquelle le créancier a respecté ses propres engagements.

### B. *Sur les droits du débiteur*

96. La déchéance, partielle ou totale, des droits du créancier n'a **pas de conséquences directes** sur les droits du débiteur<sup>120</sup>. En particulier, ceux-ci ne sont modifiés que si, malgré l'application de l'art. 80 CVIM, le créancier se prévaut valablement d'un moyen qui modifie le rapport contractuel tel que le droit de « déclarer le contrat résolu » (art. 49 ou 64 CVIM) ou celui de réduire le prix (art. 50 CVIM). Toutefois, en pratique, la déchéance totale des droits du créancier exclut la possibilité pour celui-ci de modifier le rapport d'obligations sur la base de l'inexécution au sens large de sa créance<sup>121</sup>. De même, la déchéance partielle limite cette possibilité, voire suffit pour l'exclure<sup>122</sup>.

97. L'imputabilité au créancier de l'inexécution au sens large d'une des dettes du débiteur n'engage pas nécessairement la responsabilité du premier à

<sup>120</sup> Cf., par exemple, BRUNNER, N 9 *ad* art. 80 CVIM, et MAGNUS, N 18 *ad* art. 80 CVIM avec réf.

<sup>121</sup> Sur la déchéance totale des droits du créancier selon l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.4.A., notamment N 92.

<sup>122</sup> Sur la déchéance partielle des droits du créancier selon l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.4.A., notamment N 93.



l'égard du deuxième. **Le débiteur ne peut se prévaloir des moyens résultant de l'inexécution que** si les actes imputables au créancier représentent en même temps l'inexécution au sens large d'une des obligations de celui-ci<sup>123</sup>. De fait, cette hypothèse est beaucoup plus fréquente que ce qu'on pourrait croire<sup>124</sup>.

**Exemple :** Selon le contrat conclu, les marchandises vendues doivent être remises en main de l'acheteur. Si celui-ci refuse de manière injustifiée d'en prendre livraison et qu'il cause ainsi leur détérioration, non seulement il est déchu de tout droit contre le vendeur qui pourrait résulter de cette dégradation, mais en même temps ce dernier peut demander, le cas échéant, la réparation du dommage qu'il subit à cause de l'inexécution de l'obligation du premier de « retirer les marchandises » (art. 60 let. b CVIM)<sup>125</sup>.

### 1.1.5. Le fardeau de la preuve

98. Le **débiteur**, qui bénéficie des effets prévus à l'art. 80 CVIM, supporte le fardeau de la preuve des conditions d'application de la règle de droit<sup>126</sup>.

## 1.2. La prétention en dommages-intérêts (art. 74 à 77 CVIM)

99. Tant l'art. 45 al. 1 let. b que l'art. 61 al. 1 let. b CVIM prévoient que l'acheteur de même que le vendeur peut demander la réparation du dommage qui résulte de l'inexécution au sens large d'une des obligations de l'autre partie. Les deux dispositions renvoient aux art. 74 à 77 CVIM pour ce qui concerne le régime des dommages-intérêts. Les auteurs de la Convention ont voulu de la sorte consacrer **un régime unique** ; ce qui est mis en évidence également par le titre du cinquième chapitre de la troisième partie de l'instrument international (« Dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur »<sup>127</sup>), dont les art. 74 à 77 CVIM constituent la deuxième section<sup>128</sup>.

100. Ce régime est **susceptible de s'appliquer lors de toute inexécution au sens large**<sup>129</sup>, quelle que soit l'obligation violée (la lettre déjà des art. 45 al. 1 et

---

<sup>123</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 11 *ad* art. 80 CVIM avec réf., et MAGNUS, N 5 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>124</sup> Cf. HONNOLD, § 436.3, p. 498.

<sup>125</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 11 *ad* art. 80 CVIM.

<sup>126</sup> MAGNUS, N 19 *ad* art. 80 CVIM avec réf. ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 8 *ad* art. 80 CVIM avec réf. ; HEUZÉ, N 478, p. 433 ; ainsi que *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405 ; CLOUT n° 378 ; CISG-online n° 493).

<sup>127</sup> En anglais, « Provisions Common to the Obligations of the Seller and of the Buyer » ; en espagnol, « Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador ».

<sup>128</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1726, et KELLER/SIEHR, p. 160.

<sup>129</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1687, et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1593.

61 al.1 CVIM s'exprime en ce sens, en employant la formule « l'une quelconque des obligations »<sup>130</sup>). De même, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la prestation due par le débiteur est une action ou une omission, selon que l'inexécution résulte du fait du débiteur lui-même ou de celui d'un tiers, ou, d'après la doctrine majoritaire, selon que l'empêchement à une bonne exécution est initial, c'est-à-dire qu'il existe déjà au moment où l'obligation prend naissance, ou subséquent<sup>131</sup>. L'inexécution peut revêtir n'importe quelle forme et il est indifférent qu'il s'agisse d'un cas d'impossibilité, de retard dans l'exécution ou d'exécution imparfaite, que l'inexécution soit totale ou partielle, ou que la contravention au contrat soit essentielle au sens de l'art. 25 CVIM.

101. Toutefois, **ce champ d'application très ample suppose la validité du contrat** de vente internationale ; il ne l'implique pas. En particulier, il appréhende l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective sans préjuger de la validité du contrat, mais uniquement pour le cas où le contrat est valable selon le droit désigné par les règles du droit international privé, conformément à l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM.<sup>132</sup> Ainsi, lorsque le droit suisse est un tel droit et que l'inexécution au sens large consiste en un cas d'impossibilité initiale objective, le régime de responsabilité prévu par la Convention n'est pas applicable, parce qu'en vertu de l'art. 20 al. 1 CO le contrat de vente est alors nul. Ce résultat juridique découle d'une malencontreuse assimilation de l'impossibilité initiale objective à l'illicéité et à la contrariété aux mœurs, qui repose sur une radicalisation, de plus en plus critiquée, de la maxime *impossibilia nulla obligatio*<sup>133</sup>. Il se justifie de renoncer à l'application de l'art. 20 al. 1 CO aux cas d'impossibilité initiale objective non seulement pour des raisons de théorie générale des obligations, mais également parce qu'une telle application perturbe le fonctionnement de la Convention.

102. Si le créancier établit que les conditions de l'action en dommages-intérêts sont réalisées<sup>134</sup>, le débiteur doit en principe **réparer le dommage, à moins qu'il ne puisse s'en exonérer** par l'application d'une autre règle de droit, notamment en vertu de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>135</sup>. L'application de l'art. 77 CVIM

<sup>130</sup> En anglais, « any of his obligations » ; en espagnol, « cualquiera de las obligaciones ».

<sup>131</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 12 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1663.

<sup>132</sup> HEUZÉ, N 470 ; MARCHAND, *limites*, N 185 ; BIANCA/BONELL-TALLON, N 2.4.3. *ad* art. 79 CVIM, p. 578 ; *contra* SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 13 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; MAGNUS, N 17 et 33 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1665.

<sup>133</sup> Cf. CHAPPUIS, *compatibilité*, p. 318 ; KRAMER, N 236-239 *ad* art. 19-20 CO ; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 179 ; CAYTAS, p. 50 ss ; ZIEGLER, *passim*, notamment p. 149.

<sup>134</sup> Concernant les conditions de la prétention en réparation du dommage, cf. le paragraphe I.1.2.1., p. 37, N 103 ss.

<sup>135</sup> S'agissant de l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss.

peut également conduire à ce que le débiteur ne doive pas indemniser le créancier<sup>136</sup>.

### 1.2.1. Les conditions

103. On présentera d'abord les conditions de la prétention en général (A.), avant d'analyser plus particulièrement la condition de l'inexécution au sens large (B.).<sup>137</sup>

#### A. En général

104. Les conditions préalables à l'action en réparation du dommage **sont que** le créancier n'ait pas obtenu de bonne exécution d'une de ses créances, qu'il ait subi un dommage et que l'inexécution au sens large soit une cause pertinente du préjudice économique<sup>138</sup>.

**Exemple :** Il a été jugé qu'il y a contravention au contrat, si la cire servant au traitement des pieds de vigne qui a été livrée à l'acheteur en exécution du contrat de vente ne respecte pas les standards de qualité usuellement admis – standards connus par les parties et que celles-ci voulaient suivre. En effet, la prestation n'est alors pas conforme au contrat au sens de l'art. 35 CVIM, parce que, conformément à l'art. 35 al. 2 let. a CVIM, le vendeur devait livrer une cire qui soit propre au traitement envisagé. Le tribunal a également admis l'existence du lien de causalité entre l'emploi de la cire et le dommage subi par l'acheteur.<sup>139</sup>

105. **Le créancier insatisfait supporte le fardeau de la preuve** que ces conditions sont réalisées<sup>140</sup>. Par ailleurs, on retrouve une telle répartition du fardeau de la preuve à l'art. 79 al. 1 CVIM, d'après lequel le débiteur défaillant n'est libéré de son devoir de réparer le dommage que s'il prouve que l'inexécution ne lui est pas imputable ; ce qui sous-entend que le créancier doit prouver l'inexécution au sens large et les conséquences de celle-ci<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> Concernant l'art. 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., p. 42, N 123 ss.

<sup>137</sup> S'agissant des conditions de la prétention en réparation du préjudice selon les réglementations, similaires mais plus approfondies, des Principes, cf. le paragraphe III.1.3.1., p. 248, N 709 ss.

<sup>138</sup> *Oberlandesgericht Zweibrücken* (Allemagne), 31 mars 1998 (cause n° 8 U 46/97 ; CLOUT n° 272 ; CISG-online n° 481) ; dans le même sens TERCIER/FAVRE, N 1689.

<sup>139</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.1.

<sup>140</sup> *Oberlandesgericht Zweibrücken* (Allemagne), 31 mars 1998 (cause n° 8 U 46/97 ; CLOUT n° 272 ; CISG-online n° 481). Cf. également *Tribunale di Pavia* (Italie), 29 décembre 1999 (cause n° 468 ; CLOUT n° 380 ; CISL-online n° 678) ; *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405 ; CLOUT n° 378 ; CISG-online n° 493). Dans le même sens, par exemple, BRUNNER, N 58 *ad art.* 74 CVIM avec réf., et HONSELL-SCHÖNLE, N 33 *ad art.* 74 CVIM ; *contra* SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 51 *ad art.* 74 CVIM avec réf.

<sup>141</sup> *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405 ; CLOUT n° 378 ; CISG-online n° 493).

106. Pour sa part, **le débiteur peut objecter** que les conditions de l'action en réparation du dommage ne sont pas réalisées. En particulier, il peut apporter la preuve que le créancier aurait subi le dommage dont il demande la réparation, même s'il avait obtenu une bonne exécution de l'obligation violée<sup>142</sup>.

### B. *L'inexécution*

107. On a vu que le créancier doit notamment prouver qu'il n'a pas obtenu de bonne exécution d'une de ses créances<sup>143</sup>. Il va le faire en prouvant qu'il n'a **pas reçu la prestation qui lui était due**.

108. **Le critère pour en juger est objectif**. Etant donné que seul compte le fait que le créancier n'a pas obtenu le résultat que le débiteur lui avait promis, le critère est, pour ainsi dire, **également abstrait**<sup>144</sup>. La détermination d'un cas d'inexécution n'exige pas de prendre en considération les circonstances concrètes qui pourraient expliquer la défaillance ; le seul constat d'échec suffit.

109. La situation juridique semble différente **s'agissant de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens**, parce que dans cette hypothèse le débiteur ne s'engage qu'à effectuer un certain « effort de diligence » en vue de la réalisation d'un résultat qui toutefois demeure extérieur au contrat<sup>145</sup>.

110. En réalité, elle ne l'est pas<sup>146</sup>. En effet, même si le débiteur ne garantit pas le résultat final en vue de la réalisation duquel le créancier a conclu le contrat, en promettant d'effectuer un certain « effort de diligence », il promet, ne serait-ce qu'implicitement, l'obtention de toute une série de résultats partiels, indispensables à la réalisation du résultat final escomptée<sup>147</sup>. En pratique, le créancier doit apporter la preuve qu'il n'a **pas obtenu un ou plusieurs de ces résultats partiels**, pour prouver qu'il n'a pas reçu la prestation due par le débiteur.

Par souci de clarté, prenons des **exemples** auxquels le juriste suisse est habitué. On considère que l'obligation de diligence du mandataire (art. 398 al. 2 CO) est

<sup>142</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 24 *ad* art. 79 CVIM, n. 74 ; HEUZÉ, N 472, p. 427 avec réf. ; ENDERLEIN/MASKOW, N 3.4 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>143</sup> Sur le fardeau de la preuve des conditions de l'action en réparation du dommage, cf. le paragraphe I.1.2.1.A., notamment N 105.

<sup>144</sup> A propos du critère selon lequel on juge, par contre, des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>145</sup> Cf., par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1661 et 522, et LANDO, *Non-Performance*, p. 507 s.

<sup>146</sup> Pour une analyse critique récente de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat du point de vue du droit français (ordre juridique dans le cadre duquel on s'est longuement intéressé à la distinction), cf. BELLISSENT Jean, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Paris (L.G.D.J.) 2001.

<sup>147</sup> Pour des indications sur la manière de déterminer ces résultats partiels, cf. CHAPPUIS, *clauses*, p. 295 s.

une obligation de moyens. Or, un avocat viole objectivement cette obligation s'il ne respecte pas un délai de procédure judiciaire, le respect de celui-ci étant un résultat que les règles de l'art exigent et que son obligation de moyens implique. De manière similaire, un chirurgien viole objectivement l'obligation de diligence s'il opère en employant des instruments qui ne sont pas stérilisés, l'emploi d'instruments stérilisés étant un résultat que les règles de l'art prescrivent et que son obligation de moyens inclut. De même, il contrevient objectivement à son obligation de diligence s'il ne suit pas le protocole d'intervention qu'il a convenu avec son patient. Abstraitement, tant l'avocat que le chirurgien sont responsables des inexécutions respectives, dès que le créancier prouve l'inexécution ainsi que les conséquences de celle-ci ; toutefois, ils en sont libérés si des circonstances concrètes justifient exceptionnellement que le débiteur soit exonéré de sa responsabilité (art. 97 al. 1 et, le cas échéant, 101 al. 1 CO).<sup>148</sup>

### 1.2.2. L'indemnité due

111. Si le créancier prouve que les conditions mentionnées dans le paragraphe précédent (I.1.2.1., N 103 ss) sont remplies, le débiteur est tenu en principe d'indemniser l'autre partie. L'indemnité due est **calculée selon les art. 74 à 77 CVIM**.

#### A. La règle générale (art. 74 CVIM)

112. En général, les dommages-intérêts « sont égaux » au dommage établi selon l'**art. 74 CVIM**. Cette disposition est la règle générale en matière de calcul de l'indemnité<sup>149</sup>.

113. D'après l'**art. 74 phr. 1 CVIM**, l'indemnité correspond « à la perte subie et au gain manqué [...] par suite de la contravention. »<sup>150</sup>

114. L'**art. 74 phr. 2 CVIM** limite l'indemnité au dommage que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat. Le débiteur qui invoque cette règle de droit doit prouver que les conditions en sont réalisées<sup>151, 152</sup>.

---

<sup>148</sup> Dans le même sens FELLMANN, *Verschuldensbegriff*, p. 365.

<sup>149</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 26 août 1989 (cause n° 6281/1989 ; CLOUT n° 102 ; CISG-online n° 8), N 23 ; dans le même sens TERCIER/FAVRE, N 1694.

<sup>150</sup> S'agissant du principe de la réparation intégrale du préjudice net selon les réglementations, similaires mais plus approfondies, des Principes (art. 7.4.2 par. 1 PU et 9:502 PE), cf. le paragraphe III.1.3.2.A., p. 253, N 728 ss.

<sup>151</sup> *Oberlandesgericht Zweibrücken* (Allemagne), 31 mars 1998 (cause n° 8 U 46/97 ; CLOUT n° 272 ; CISG-online n° 481).

<sup>152</sup> Concernant la limitation de l'indemnité au préjudice prévisible selon les réglementations, similaires mais plus approfondies, des Principes (art. 7.4.4 PU et 9:503 PE), cf. le paragraphe III.1.3.2.B., p. 254, N 735 ss.

*B. Le calcul concret après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 75 CVIM)*

115. L'art. 75 CVIM vise un **cas particulier de calcul des dommages-intérêts**. Cette disposition traite de l'hypothèse dans laquelle le créancier insatisfait a valablement renoncé à l'exécution de la prestation initialement due et a procédé à une opération de couverture, qu'il s'agisse d'un achat de remplacement (de la part d'un acheteur) ou d'une vente compensatoire (de la part d'un vendeur).

116. L'indemnité résulte alors d'un **calcul concret** : le créancier a droit à la différence entre le prix convenu dans le contrat inexécuté et le montant payé ou obtenu lors de la transaction de couverture, à la condition que celle-ci ait été effectuée « d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution ».

117. La lettre de l'art. 75 CVIM indique que le créancier insatisfait peut obtenir, outre la différence de prix envisagée expressément, « tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 »<sup>153</sup> (par exemple, l'indemnisation des frais engagés pour recevoir les marchandises non conformes<sup>154</sup>). De même, on admet que, si l'opération de couverture n'est pas effectuée d'une manière raisonnable (y compris dans un délai raisonnable après la résolution), l'indemnité doit être calculée en conformité avec la règle générale de l'art. 74 CVIM<sup>155</sup>, en appliquant le cas échéant l'art. 77 CVIM. Dès lors, plus qu'une norme qui y déroge, **l'art. 75 CVIM complète l'art. 74 CVIM** et en concrétise le contenu pour une situation particulière<sup>156</sup>, ce que les auteurs de la Convention ont préféré régler expressément.

*C. Le calcul abstrait après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 76 CVIM)*

118. L'art. 76 CVIM vise un **autre cas particulier de calcul des dommages-intérêts**. Pour le même type de dommage que celui appréhendé par l'art. 75 CVIM, c'est-à-dire le préjudice économique résultant d'une différence de prix, mais dans une autre hypothèse, soit lorsque le créancier insatisfait a renoncé valablement à l'exécution de la prestation initialement due mais qu'il n'a pas procédé à une opération de couverture, l'art. 76 al. 1 phr. 1 CVIM admet un

<sup>153</sup> En anglais, « any further damages recoverable under article 74 » ; en espagnol, « cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74 ».

<sup>154</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1492.

<sup>155</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 26 août 1989 (cause n° 6281/1989 ; CLOUT n° 102 ; CISG-online n° 8), N 23.

<sup>156</sup> Cf. Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (Fédération de Russie), 16 mars 1995 (cause n° 155/1994 ; CLOUT n° 140 ; CISG-online n° 205).

autre type de calcul des dommages-intérêts, si les marchandises ont un prix courant.

119. L'indemnité est alors déterminée selon un **calcul abstrait** : elle correspond à « la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant au moment de la résolution ».

120. Le texte de l'art. 76 al. 1 phr. 1 CVIM même indique que cette manière de calculer l'indemnité est **subsidaire par rapport à celle de l'art. 75 CVIM**<sup>157</sup>, en disant que le créancier insatisfait peut invoquer l'art. 76 CVIM seulement s'il « n'a pas procédé à un achat de remplacement ou à une vente compensatoire au titre de l'article 75 »<sup>158</sup>.

121. La lettre de l'art. 76 al. 1 phr. 1 CVIM précise également que l'application de cet article n'exclut pas celle de l'art. 74 CVIM pour « tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus » au titre de cette deuxième disposition<sup>159</sup>. Par ailleurs, lorsque le créancier insatisfait n'a pas procédé à une opération de couverture, l'art. 76 CVIM n'est pas applicable si les marchandises initialement dues n'ont pas de prix courant ; l'indemnité doit alors être calculée selon la règle générale de l'art. 74 CVIM. Dès lors, **le rapport entre les art. 76 et 74 CVIM est similaire** à celui entre les art. 75 et 74 CVIM<sup>160</sup> : la première disposition complète la deuxième et en concrétise le contenu pour un cas déterminé.

122. En principe, le moment déterminant pour calculer la différence de prix est celui de la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 76 al. 1 phr. 1 CVIM). Pour limiter le risque de spéculations, l'art. 76 al. 1 phr. 2 CVIM prévoit que, lorsque l'acheteur insatisfait déclare le contrat résolu au sens de l'art. 49 al. 1 let. a CVIM après avoir pris possession des marchandises, « c'est le prix courant au moment de la prise de possession qui est applicable »<sup>161</sup>. Si **l'art. 76 al. 1 CVIM** fixe quel est **le moment** déterminant, on établit quel est **le lieu** dont le prix courant est pertinent selon **l'art. 76 al. 2 CVIM**. En principe, ce prix « est celui du lieu où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée », voire celui du lieu prévu par le contrat ou par la Convention où la livraison a effectivement été exécutée si la résolution intervient après que l'acheteur a pris possession des marchandises. A défaut de prix courant en ce lieu, il faut prendre en considération « le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît

---

<sup>157</sup> Concernant l'art. 75 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.B, p. 40, N 115 ss.

<sup>158</sup> En anglais, « has not made a purchase or resale under article 75 » ; en espagnol, « no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75 ».

<sup>159</sup> En anglais, « any further damages recoverable under article 74 » ; en espagnol, « cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74 ».

<sup>160</sup> A propos du rapport entre les art. 75 et 74 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.B., notamment N 117.

<sup>161</sup> Cf., par exemple, HONNOLD, § 412, p. 452, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 11 s. *ad* art. 76 CVIM.

raisonnable de prendre comme lieu de référence », ainsi que les coûts supplémentaires de transport<sup>162</sup>.

*D. Le devoir de limiter le dommage (art. 77 CVIM)*

123. **L'art. 77 phr. 1 CVIM** établit que le créancier insatisfait « doit prendre les mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. » Ce devoir est une incombance<sup>163, 164</sup>

124. En cas d'inexécution au sens large de cette incombance, l'indemnité est réduite dans la mesure où le dommage est imputable au créancier, selon **l'art. 77 phr. 2 CVIM**.

125. **Le débiteur supporte le fardeau de la preuve** que les conditions d'application de cette règle de droit sont réalisées, puisqu'il tire avantage de la mise en œuvre de celle-ci<sup>165</sup>.

126. A plusieurs égards, la situation juridique est similaire à celle qui aurait été si le devoir de prendre les mesures raisonnables eu égard aux circonstances au sens de l'art. 77 phr. 1 CVIM avait été une véritable obligation du créancier de l'indemnisation, dont l'inexécution aurait engagé la responsabilité de celui-ci. Elle présente notamment les **caractéristiques suivantes**.

127. Ainsi, **le juge analyse d'office** s'il y a lieu de réduire les dommages-intérêts<sup>166</sup>.

128. Comme pour l'art. 80 CVIM, l'effet juridique prévu par l'art. 77 phr. 2 CVIM ne se produit pas si le créancier prouve que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées<sup>167</sup>. Autrement dit, l'indemnité due au créancier n'est pas réduite si ce dernier n'a pas pris les mesures raisonnables eu égard aux circonstances en raison d'un empêchement hors de sa sphère

<sup>162</sup> Cf. CR-VENTURI, N 20 *ad* art. 191 CO.

<sup>163</sup> Cf., par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1660 avec réf., et MAGNUS, N 5 *ad* art. 77 CVIM. Cf. également *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.4a ; *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166 ; CISG-online n° 187), consid. C.I.7.

<sup>164</sup> S'agissant du devoir de limiter le préjudice selon les réglementations, similaires mais plus approfondies, des Principes (art. 7.4.8 PU, 9:504 *in fine* et 9:505 PE), cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>165</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 12 *ad* art. 77 CVIM, p. 793 avec réf. ; BRUNNER, N 16 *ad* art. 77 CVIM avec réf. ; MAGNUS, N 22 *ad* art. 77 CVIM avec réf.

<sup>166</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.4a ; ainsi que, par exemple, MAGNUS, N 21 *ad* art. 77 CVIM avec réf., et BRUNNER, N 16 *ad* art. 77 CVIM avec réf.

<sup>167</sup> Sur l'absence de déchéance des droits du créancier selon l'art. 80 CVIM si les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 89.



d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de cette disposition. On pourrait laisser ouverte la question, dogmatique, de savoir si formellement cette solution résulte d'une interprétation, en conformité avec l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, de la causalité pertinente qu'implique l'art. 77 phr. 2 CVIM entre le fait que le créancier n'a pas pris de mesures raisonnables pour limiter la perte et celle-ci (la perte n'étant, en définitive, pas due à l'absence de mesures raisonnables si le créancier peut se prévaloir d'un cas de force majeure)<sup>168</sup> ; ou d'une application analogique de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>169, 170</sup>. En effet, les deux raisonnements aboutissent pratiquement au même résultat équitable. Il est, néanmoins, intéressant de répondre à cette question pour les implications que la réponse pourrait avoir sous l'angle du fardeau de la preuve. En soutenant que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies, le créancier objecte que les conditions de l'art. 77 phr. 2 CVIM ne sont, en définitive, pas réalisées. Il se justifie que le créancier supporte le fardeau de la preuve de cette objection, puisqu'il en tire avantage. Or, un tel partage du fardeau de la preuve ne correspond pas à celui des conditions d'application de l'art. 77 phr. 2 CVIM<sup>171</sup>. Par contre, c'est bien celui qui invoque l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM qui supporte le fardeau de la preuve des conditions de cette disposition<sup>172</sup>. Dès lors, comme pour l'art. 80 CVIM, il est préférable de considérer que la prise en compte d'un cas de force majeure dans le contexte de l'art. 77 phr. 2 CVIM relève d'une **application par analogie de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM**, parce que cette construction est plus à même d'éviter tout malentendu sous l'angle du fardeau de la preuve<sup>173</sup>.

129. Enfin, il faut comprendre l'expression « réduction des dommages-intérêts »<sup>174</sup> dans un sens large : **si la survenance du dommage est complètement imputable au créancier**, qui après l'inexécution au sens large en elle-même imputable, par hypothèse, au débiteur n'a pas pris les mesures adéquates pour prévenir le préjudice économique, le créancier perd tout droit à être indemnisé<sup>175</sup>.

---

<sup>168</sup> Dans ce sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 2 *ad* art. 77 CVIM.

<sup>169</sup> Dans ce sens, par exemple, SOERTEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 7 *ad* art. 77 CVIM, et BRUNNER, N 3 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>170</sup> Concernant l'application par analogie de l'art. 79 CVIM en cas de contravention à une incombance, cf. le paragraphe I.1.3.2.D., p. 55, N 160 s.

<sup>171</sup> Sur le fardeau de la preuve des conditions d'application de l'art. 77 phr. 2 CVIM, cf. *supra*, notamment N 125.

<sup>172</sup> A propos du fardeau de la preuve des conditions d'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.6., notamment N 233.

<sup>173</sup> Sur l'application par analogie de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM dans le contexte de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 90.

<sup>174</sup> En anglais, « a reduction in the damages » ; en espagnol, « se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios ».

<sup>175</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.4 a.

130. L'art. 77 phr. 2 CVIM peut être rapproché de l'art. 80 CVIM, puisque tant l'une que l'autre disposition traitent de l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) d'événements survenus dans l'exécution du contrat de vente. Il n'en reste pas moins qu'il faut distinguer les deux normes, dont la différence essentielle est la suivante: si l'art. 80 CVIM s'intéresse à l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) de l'inexécution au sens large elle-même<sup>176</sup>, l'art. 77 phr. 2 CVIM s'intéresse à **l'imputabilité du dommage**, c'est-à-dire il prend en considération des faits qui sont généralement postérieurs à l'inexécution<sup>177</sup>. Cette différence se reflète, d'ailleurs, dans les conséquences juridiques respectives: puisqu'il concerne l'imputabilité de l'inexécution (au sens large), l'art. 80 CVIM prévoit que le créancier est déchu, le cas échéant partiellement, de tous ses droits résultant de l'inexécution<sup>178</sup>; en revanche, comme l'art. 77 phr. 2 CVIM ne concerne que l'imputabilité des conséquences dommageables, il prévoit que le créancier perd, le cas échéant totalement, uniquement le droit de réclamer des dommages-intérêts.

### 1.2.3. Les aménagements contractuels

131. Les parties au contrat peuvent déroger (expressément ou tacitement) aux règles de droit de la troisième partie de la Convention (art. 6 CVIM)<sup>179</sup>. En particulier, elles peuvent stipuler des **clauses contractuelles aménageant la responsabilité** qui découle de l'inexécution au sens large d'une obligation: par exemple, elles peuvent limiter ou exclure la responsabilité du débiteur<sup>180</sup>, voire à l'opposé limiter ou exclure la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>181</sup>, ou encore prévoir des indemnités forfaitaires ou des clauses pénales<sup>182</sup>. En pratique, les parties à un contrat de vente internationale conviennent souvent de clauses contractuelles relatives aux hypothèses de force majeure<sup>183</sup>.

<sup>176</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.2., p. 24, N 69 ss.

<sup>177</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 2a ad art. 80 CVIM.

<sup>178</sup> Concernant l'effet de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du créancier, cf. le paragraphe I.1.1.4. A., p. 31, N 92 ss.

<sup>179</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger aux dispositions de la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65.

<sup>180</sup> Cf., par exemple, BRUNNER, N 46 ad art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 50 ad art. 74 CVIM.

<sup>181</sup> Cf., par exemple, BRUNNER, N 46 ad art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 52 ad art. 79 CVIM.

<sup>182</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 49 ad art. 74 CVIM, et MAGNUS, N 60 ad art. 74 CVIM.

<sup>183</sup> Cf. Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (Fédération de Russie), 17 octobre 1995 (cause n° 123/1992; CLOUT n° 142; CISG-online n° 207); ainsi que *Oberlandesgericht Hamburg* (Allemagne), 28 février 1997 (cause n° 1 U 167/95; CLOUT n° 277; CISG-online n° 261). Cf. également PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1587.

A. *La validité des clauses contractuelles relatives à la responsabilité pour inexécution*

132. Le fait que les parties aient la faculté de déroger aux règles de droit de la troisième partie de la Convention ne préjuge pas de la validité de ces aménagements contractuels. En effet, sauf disposition contraire expresse, ni « la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages » n'est régie par la Convention (art. 4 phr. 2 let. a CVIM). Or, aucune disposition de la troisième partie ne traite de la validité des clauses contractuelles conclues en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation. Il en résulte que, en conformité avec l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM, ce silence doit être compris comme un silence qualifié. Dès lors, la Convention ne régit pas la validité de ces clauses et on en jugera **selon le droit désigné par les règles du droit international privé**.

B. *Le rapport avec le régime prévu par la Convention*

133. Lorsqu'une clause contractuelle conclue par les parties en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation est valable selon le droit désigné par les règles du droit international privé<sup>184</sup>, il faut encore répondre à la question de savoir quel est le rapport entre cette clause et la réglementation de la Convention. On peut distinguer deux **hypothèses** dans lesquelles la situation juridique est relativement simple et une autre dans laquelle elle est plus complexe.

134. Ainsi, le rapport entre **une clause limitative ou exclusive de la responsabilité du débiteur** et le régime prévu par la Convention est clair : la première limite, voire exclut, la responsabilité prévue par cette dernière.

135. De même, est clair le rapport entre **une clause limitative ou exclusive de l'exonération** selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM et le régime de la Convention : celle-là limite, voire exclut, la preuve libératoire prévue par celle-ci.

136. Par contre, deux types de rapport sont imaginables s'agissant de la relation entre **une indemnité forfaitaire ou une clause pénale** et le régime prévu par la Convention. D'une part, ce type d'aménagement contractuel peut être de nature exhaustive et écarter le régime prévu par la Convention, dans le sens que le créancier insatisfait ne peut invoquer que la clause contractuelle. D'autre part, le premier peut ne pas écarter le deuxième, dans le sens que le créancier peut choisir s'il vaut se prévaloir de la clause contractuelle, du régime légal ou des deux.

137. En soi, cette question du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et le régime de la Convention est régie

---

<sup>184</sup> Concernant la validité des aménagements contractuels en matière de responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3.A., p. 46, N 132.

par la Convention elle-même, étant donné que, de par sa lettre déjà, celle-ci gouverne de manière exclusive la problématique des sanctions de l'inexécution au sens large des obligations (art. 4 phr. 1 CVIM)<sup>185</sup>. Toutefois, la Convention ne tranche pas matériellement la question de savoir si de telles clauses contractuelles se substituent à la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM ou si elles s'y ajoutent, dans le sens que le créancier peut choisir s'il vaut se prévaloir de la clause contractuelle, du régime légal ou des deux. Dès lors, pour y répondre, à moins que les parties au contrat aient voulu régler la question par leurs aménagements conventionnels (art. 6 CVIM) et que leur volonté soit déterminable en interprétant le contrat (art. 8 CVIM)<sup>186</sup>, il faut procéder en conformité avec l'art. 7 al. 2 CVIM : à défaut de principes généraux dont la Convention s'inspire, **il faut se référer au droit désigné par les règles du droit international privé**<sup>187</sup>.

Une partie de la doctrine considère à tort, car elle contrevient à la lettre même de l'art. 4 phr. 1 CVIM, que toute question inhérente aux indemnités forfaitaires ou aux clauses pénales prévues par les parties est exclue du champ d'application de la Convention<sup>188</sup>. Néanmoins, si l'approche est différente, l'enjeu pratique de la divergence d'opinions devrait être minime, parce qu'en l'état du droit tant l'une que l'autre conception conduisent finalement à l'application du droit désigné par les règles du droit international privé : l'approche contraire à l'art. 4 phr. 1 CVIM par une application de l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM ; l'autre par une application de l'art. 7 al. 2 CVIM<sup>189</sup>.

**Exemple :** Dans un litige portant sur le non-respect par un acheteur bulgare du délai convenu dans le contrat de vente pour payer le vendeur autrichien, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale a tranché la question du rapport entre la clause pénale conclue par les parties et le régime de la Convention en se référant au droit désigné par les règles du droit international privé, conformément à l'art. 7 al. 2 CVIM. Appliquant la loi autrichienne, elle a alors jugé que l'exercice par le vendeur de son droit à être indemnisé selon l'art. 61 al. 1 let. b CVIM n'était pas contraire à la clause pénale.<sup>190</sup>

<sup>185</sup> A propos de l'art. 4 CVIM, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 56.

<sup>186</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 60 *ad art.* 74 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 49 *ad art.* 74 CVIM.

<sup>187</sup> Cf. PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1635 ss, notamment N 1653 ss.

<sup>188</sup> De cet avis notamment PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1784.

<sup>189</sup> On notera que PICHONNAZ également se réfère à l'art. 7 al. 2 CVIM, ce qui présuppose l'applicabilité de la Convention (PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1788, qui renvoie au N 1683).

<sup>190</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1992 (cause n° 7197/1992 ; CLOUT n° 104 ; CISG-online n° 36).

### 1.3. L'exonération de la responsabilité (art. 79 CVIM)

138. L'art. 79 CVIM donne principalement **une réponse à la question suivante**: en cas d'inexécution au sens large, le débiteur doit-il des dommages-intérêts ou, exceptionnellement, en est-il exonéré?<sup>191</sup>

139. Si les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées, le débiteur est exonéré de l'obligation de réparer le dommage (art. 74 à 77 CVIM). D'un point de vue logique, l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM constitue une exception au principe selon lequel le débiteur doit indemniser le créancier du dommage résultant de l'inexécution au sens large de l'une quelconque de ses obligations (cf. les art. 45 al. 1 let. b et 61 al. 1 let. b CVIM). Comme pour toute autre exception, il faut **interpréter strictement les conditions de l'exonération** selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>192</sup>.

140. La réalisation des conditions de l'exonération doit être évaluée selon un **critère objectif**<sup>193</sup>. En effet, la lettre déjà de l'art. 79 al. 1 CVIM, auquel l'art. 79 al. 2 CVIM renvoie, indique, par exemple, qu'il faut rechercher ce qu'on « ne pouvait raisonnablement attendre »<sup>194</sup> du débiteur pour décider de la non-prévisibilité et de l'insurmontabilité de l'empêchement. Ce critère objectif doit également être **concret**, dans le sens qu'il faut considérer la situation concrète dans laquelle le débiteur se trouve ou se trouvait<sup>195</sup>. Ainsi, le texte de l'art. 79 al. 1 CVIM énonce qu'il faut décider de la non-prévisibilité « au moment de la conclusion du contrat »<sup>196</sup> et qu'il faut regarder si le débiteur aurait dû prévenir ou surmonter « les conséquences » (concrètes) de l'empêchement<sup>197</sup>.

141. **En résumé**, étant donné que dans le cadre de la Convention le débiteur est un commerçant, il faut se référer à ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant raisonnable et diligent dans la même situation<sup>198</sup>. Le

---

<sup>191</sup> Dans le même sens HONNOLD, § 423, p. 472.

<sup>192</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1690, et HONNOLD, § 432.1, p. 483. Cf. également Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 26 août 1989 (cause n° 6281/1989; CLOUT n° 102; CISG-online n° 8).

<sup>193</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 8 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et KAROLLUS, p. 207.

<sup>194</sup> En anglais, « could not reasonably be expected » ; en espagnol, « no cabía razonablemente esperar ».

<sup>195</sup> Dans le même sens, par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1691, et BIANCA-PONZANELLI, N 2 *ad* art. 79 CVIM, p. 313 ; ainsi que CHAPPUIS, *clauses*, p. 290.

<sup>196</sup> En anglais, « at the time of the conclusion of the contract » ; en espagnol, « en el momento de la celebración del contrato ».

<sup>197</sup> En anglais, « its consequences » ; en espagnol, « sus consecuencias. »

<sup>198</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 8 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41 b, p. 788.

terme « empêchement »<sup>199</sup> lui-même a été choisi par les auteurs de la Convention pour garantir une compréhension stricte et objective des motifs justifiant l'exonération<sup>200</sup>.

142. Dans l'hypothèse où les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées, l'art. 79 al. 3 et 5 CVIM précise quel est l'effet libératoire.

143. L'art. 79 al. 4 CVIM prévoit un devoir supplémentaire pour le débiteur, qui doit avertir l'autre partie en cas d'inexécution au sens large.

### 1.3.1. La raison d'être de l'exonération

144. Les dispositions de la troisième partie de la Convention sont subsidiaires à ce que les parties ont prévu et devraient correspondre, dans le silence du contrat, à la **volonté hypothétique de parties raisonnables et honnêtes**. En effet, l'art. 8 CVIM, qui traite de l'interprétation du contrat, fait expressément référence au sens qu'une partie « raisonnable »<sup>201</sup>, de même qualité que le destinataire des manifestations de volonté et placée dans la même situation, aurait donné aux indications et autres comportements de l'autre partie (art. 8 al. 2 CVIM). Or, une bonne règle subsidiaire est, entre autres, une règle qui correspond le plus possible au contenu qui, dans des circonstances usuelles, résulte de l'interprétation du contrat même et évite ainsi qu'on doive se poser la question, presque sans réponse, de savoir si on est en train d'interpréter le contrat ou de le compléter.

**Exemple :** On retrouve cette stricte relation existant entre interprétation du contrat et application d'une norme supplétive à l'art. 79 al. 1 CVIM même, lorsqu'il est exigé que l'empêchement ait été raisonnablement imprévisible au moment de la conclusion du contrat. En effet, cette condition de l'exonération au sens de l'art. 79 al. 1 CVIM ne fait que rappeler, préciser et confirmer une règle d'interprétation du contrat qui résulte déjà de l'art. 8 al. 2 CVIM<sup>202</sup>.

145. S'agissant de l'obligation faite au débiteur d'indemniser le créancier, les auteurs de la Convention ont considéré que dans des circonstances usuelles, bien que le débiteur doive répondre de la parole donnée, la volonté hypothétique de parties raisonnables et honnêtes **ainsi que le sens de l'équité** exigent que la responsabilité du débiteur s'estompe (exceptionnellement) lorsque l'inexécution n'est pas imputable à celui-ci ; le régime conduirait autrement à

<sup>199</sup> En anglais, « impediment » ; en espagnol, « impedimento ».

<sup>200</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 11 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1684 avec réf.

<sup>201</sup> En anglais, « reasonable » ; en espagnol, « razonable ».

<sup>202</sup> S'agissant de l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., p. 61, N 177 ss.

des résultats excessifs, que seul un accord des parties peut légitimer<sup>203</sup>. L'art. 79 CVIM a principalement pour but de fixer cette limite.

### 1.3.2. Le champ d'application de l'art. 79 CVIM

146. On décrira d'abord le champ d'application de l'art. 79 CVIM en général (A.), avant d'analyser plus particulièrement deux hypothèses dans lesquelles la doctrine est partagée. Il s'agit du cas dans lequel le débiteur fournit des marchandises défectueuses (B.) et de celui dans lequel il est question de l'exécution d'une obligation de moyens (C.). Enfin, on traitera de deux autres cas particuliers, c'est-à-dire de l'application de l'art. 79 CVIM lors de la contravention à une incombance (D.), ou à une indemnité forfaitaire ou clause pénale (E.).

#### A. En général

147. Le rôle de l'art. 79 CVIM est de libérer le débiteur de l'obligation de réparer le dommage (art. 74 à 77 CVIM) lorsqu'accorder des dommages-intérêts serait excessif<sup>204</sup>. Pour qu'il puisse remplir pleinement cette fonction, il faut que l'art. 79 CVIM soit susceptible de s'appliquer chaque fois que les conditions de la prétention en réparation sont réalisées. Son champ d'application doit correspondre à celui des art. 74 à 77 CVIM<sup>205</sup> et on doit admettre que, comme ceux-ci, l'art. 79 CVIM est susceptible de s'appliquer **lors de toute inexécution au sens large**<sup>206</sup>. Ce parallélisme résulte également du texte même de l'art. 79 al. 1 CVIM par l'expression « l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations »<sup>207</sup> : cette formule est similaire à celle employée aux art. 45 al. 1 et 61 al. 1 CVIM (« n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations »<sup>208</sup>), qui énumèrent les moyens dont dispose le créancier insatisfait (y compris la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM).

---

<sup>203</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 1 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et MAGNUS, N 1 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>204</sup> Concernant la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>205</sup> Sur le champ d'application des art. 74 à 77 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100.

<sup>206</sup> Cf. *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2a avec réf. ; ainsi que, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 5 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et MAGNUS, N 11 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>207</sup> En anglais, « a failure to perform any of his obligations » ; en espagnol, « la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones ».

<sup>208</sup> En anglais, « fails to perform any of his obligations » ; en espagnol, « no cumple cualquiera de las obligaciones ».

## B. La livraison de marchandises défectueuses

148. Une partie minoritaire de la doctrine est d'avis que le débiteur ne peut pas se prévaloir de l'art. 79 CVIM lorsqu'il fournit des marchandises défectueuses<sup>209</sup>.

149. Toutefois, **la lettre** de l'art. 79 al. 1 CVIM déjà, qui vise l'inexécution de « l'une quelconque » des obligations, **ainsi que la systématique de la Convention** (l'art. 79 CVIM fait partie du cinquième chapitre de la troisième partie de l'instrument internantional, dont le titre est « Dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur »), s'oppose à ce qu'on réduise de la sorte le champ d'application de la disposition en question<sup>210</sup>.

150. En plus, une telle restriction obligerait le juge à distinguer entre la livraison de marchandises qui ne sont pas conformes au contrat au sens de l'art. 35 CVIM, pour laquelle le débiteur ne pourrait pas invoquer l'art. 79 CVIM, et l'inexécution au sens large d'une autre obligation, par rapport à laquelle le débiteur pourrait opposer au créancier l'art. 79 CVIM. Or, il est **parfois très difficile de distinguer entre ces deux types d'inexécution** ; il est donc préférable pour des raisons pratiques également d'en rester au régime unique qui résulte de la lettre de la Convention, dans lequel une telle distinction n'a pas d'importance<sup>211</sup>.

151. D'ailleurs, **ce régime unique est parfaitement équitable** ; en particulier, le fait que l'art. 79 CVIM soit applicable lors de la livraison de marchandises défectueuses ne déséquilibre pas la répartition du risque entre vendeur et acheteur, parce que l'exonération de la responsabilité est certes possible, quoique difficile<sup>212</sup>.

152. Dès lors, **il ne se justifie pas d'exclure certaines formes d'inexécution**, notamment la livraison de marchandises défectueuses, du champ d'application de l'art. 79 CVIM<sup>213</sup>.

**Exemple 1 :** Si l'œuvre d'art vendue est détruite pendant la livraison par une grave tempête avant que les risques soient transférés à l'acheteur, normalement le vendeur ne doit pas indemniser le créancier. Pourquoi, toutes autres circons-

<sup>209</sup> Cf. *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2a avec réf. ; ainsi que, par exemple, HONNOLD, § 427 a), p. 477 ss, et BIANCA/BO-NELL-TALLON, N 2.6.2. *ad art.* 79 CVIM, p. 580.

<sup>210</sup> SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 1.a, p. 794 ; ainsi que JANSER, p. 35.

<sup>211</sup> SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 1.c, p. 795 ; ainsi que JANSER, p. 35.

<sup>212</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1675. Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266, ainsi que *infra*, N 153.

<sup>213</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 6 *ad art.* 79 CVIM avec réf. ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41, p. 787 ; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1670 ; SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 797.



tances étant égales, serait-il tenu de payer des dommages-intérêts pour la livraison défectueuse, si la même tempête ne fait qu'endommager l'œuvre, sans la détruire?

153. En revanche, autre est la question de savoir si, en pratique, le vendeur peut se libérer facilement de sa responsabilité lorsqu'il livre des marchandises qui ne sont pas conformes au contrat au sens de l'art. 35 CVIM. En effet, exception faite de cas rares tels que celui qui précède, il est **très improbable que le vendeur puisse alors prouver** que les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies<sup>214</sup>.

154. Il en résulte que, de fait, la situation juridique correspond très fréquemment au résultat que préconise la doctrine minoritaire et que donc le différend entre les deux positions doctrinales a surtout des enjeux dogmatiques. Dès lors, on peut s'attendre à ce que le plus souvent, lors de l'application du droit, **le juge ne tranche pas ce différend sur le champ d'application** de l'art. 79 CVIM parce que, même si on admettait l'applicabilité de cette disposition, le débiteur ne serait de toute manière pas exonéré de sa responsabilité, les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM n'étant pas réalisées.

**Exemple 2 :** (même état de fait que l'exemple du paragraphe I.1.2.1.A., N 104) : Il a été jugé qu'il est inutile de trancher le différend sur le champ d'application de l'art. 79 CVIM si dans le cas particulier le défaut de la cire servant au traitement des pieds de vigne qui a été livrée à l'acheteur en exécution du contrat de vente n'est, de toute façon, pas hors de la sphère d'influence du vendeur<sup>215</sup>.

### C. *L'inexécution d'une obligation de moyens*

155. Selon PICHONNAZ, si l'exécution d'une obligation de moyens<sup>216</sup> est en cause, de deux choses l'une : soit le créancier en a effectivement obtenu une bonne exécution ; soit, si tel n'est pas le cas, il est inutile pour le débiteur d'invoquer l'exonération selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, parce que les conditions de celle-ci ne sont nécessairement pas remplies. En effet, à son avis, tant l'inexécution au sens large que la preuve libératoire sont, alors, évaluées selon le (même) standard de ce qui peut être raisonnablement fait par le débiteur.<sup>217</sup>

156. Or, nous avons constaté qu'on juge de l'inexécution au sens large de toute obligation, y compris des obligations de moyens, selon un critère objectif

---

<sup>214</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2a ; ainsi que, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 6 *ad* art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 797.

<sup>215</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2a.

<sup>216</sup> Pour une définition de l'obligation de moyens, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 109.

<sup>217</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1661 ; dans le même sens LANDO, *Non-Performance*, p. 509.

et abstrait<sup>218</sup>, alors qu'on évalue la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM selon un critère certes objectif, mais concret<sup>219</sup>. Dès lors, **les standards ne sont pas les mêmes**. On ne peut donc pas logiquement exclure que les conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM soient remplies lors de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens.

157. En plus, une bonne exécution de ce type d'obligations implique l'obtention de toute une série de résultats partiels<sup>220</sup> : si le créancier ne les obtient pas, **la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM peut être intéressante** pour le débiteur.

158. En raison de ces mêmes résultats partiels, **la distinction dogmatique** entre obligations de moyens et obligations de résultat **n'est pas absolue et souvent difficilement praticable**.

159. Il est prudent alors d'en rester au régime unique conforme à la lettre et à la systématique de la Convention, dans lequel cette distinction n'a, en soi, pas de portée. Cela se justifie d'autant plus que la réglementation de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM est apte à appréhender les deux hypothèses. Dès lors, il est **inopportun d'exclure** le cas de l'inexécution au sens large des obligations de moyens du champ d'application de l'art. 79 CVIM<sup>221</sup>.

#### D. *La contravention à une incombance*

160. Comme l'indique la lettre de l'art. 79 al. 1 CVIM, qui vise l'hypothèse dans laquelle le débiteur contrevient à l'une « de ses obligations », la disposition en question n'est pas directement applicable en cas de contravention à une incombance. Néanmoins, il est admis qu'alors **l'art. 79 CVIM est, en général, applicable par analogie**<sup>222</sup>.

161. Ainsi, il se justifie d'appliquer l'art. 79 CVIM par analogie lorsqu'il faut appréhender un cas de force majeure dans le contexte de **l'art. 80 CVIM**. Une telle application permet notamment d'éviter tout malentendu sur le fait que c'est le créancier qui supporte alors le fardeau de la preuve des circonstances

<sup>218</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 108.

<sup>219</sup> Sur le critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>220</sup> A propos de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 109.

<sup>221</sup> Dans le même sens, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 7 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et BIANCA/BONELL-TALLON, N 2.4.2.1. *ad* art. 79 CVIM, p. 577.

<sup>222</sup> Cf. BRUNNER, N 3 *ad* art. 79 CVIM ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 8 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41, p. 786 ; JANSER, p. 35 n. 98 ; apparemment *contra* PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1660.

exonératoires.<sup>223</sup> La même remarque vaut pour l'application par analogie de l'art. 79 CVIM dans le cadre de l'art. 77 phr. 2 CVIM<sup>224</sup>.

E. *L'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale*

162. Lorsque les parties ont convenu d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale et que cette clause contractuelle est valable selon le droit désigné par les règles du droit international privé<sup>225</sup>, la question se pose de **savoir si le débiteur peut invoquer l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM** pour faire échec à la prétention qui en résulte.

163. En soi, la question du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et le régime de la Convention est régie par la Convention elle-même, étant donné que, de par sa lettre déjà, celle-ci gouverne de manière exclusive la problématique des sanctions de l'inexécution au sens large des obligations (art. 4 phr. 1 CVIM)<sup>226</sup>. Toutefois, comme pour le rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales convenues par les parties et la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM<sup>227</sup>, la Convention est muette sur la question de savoir si le débiteur peut se prévaloir de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM pour s'exonérer du paiement de l'indemnité forfaitaire ou de la clause pénale, qu'on lui réclame. Dès lors, pour y répondre, à moins que les parties au contrat aient voulu régler la question par leurs aménagements conventionnels (art. 6 CVIM) et que leur volonté soit déterminable en interprétant le contrat (art. 8 CVIM), il faut procéder en conformité avec l'art. 7 al. 2 CVIM: à défaut de principes généraux dont la Convention s'inspire, **il faut se référer au droit désigné par les règles du droit international privé**<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> A propos de l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM par analogie dans le contexte de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 90.

<sup>224</sup> A propos de l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM par analogie dans le cadre de l'art. 77 phr. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., notamment N 128.

<sup>225</sup> S'agissant de la validité des aménagements contractuels en matière de responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3.A., p. 46, N 132.

<sup>226</sup> A propos de l'art. 4 CVIM, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 56.

<sup>227</sup> A propos du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.3.B., notamment N 137.

<sup>228</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 9 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.43, p. 790.

### 1.3.3. Les conditions générales de l'exonération (art. 79 al. 1 CVIM)

164. L'**art. 79 al. 1 CVIM** énonce, de manière générale, les conditions auxquelles, exceptionnellement, le débiteur est exonéré de l'obligation de réparer le dommage<sup>229</sup>. Le débiteur n'est pas responsable, si l'inexécution au sens large est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence (A.), si on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prenne en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat (B.), ni qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences (C.).

165. Ces **conditions** sont **cumulatives**<sup>230</sup>.

166. Etant donné, en outre, qu'il faut en admettre la réalisation strictement<sup>231</sup> et qu'on doit en juger selon un critère objectif et *in concreto*<sup>232</sup>, **en pratique le débiteur ne sera exonéré de sa responsabilité que très rarement**<sup>233</sup>.

#### A. Un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur

167. Il faut, **premièrement**, que l'inexécution au sens large soit causée par un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur.<sup>234</sup>

168. On définit l'**empêchement** comme tout obstacle à une bonne exécution de la prestation due par le débiteur<sup>235</sup>. *A priori*, il est sans importance que l'empêchement soit initial ou subséquent<sup>236</sup>, naturel ou juridique, objectif ou subjectif, fautif ou non fautif, temporaire ou définitif<sup>237</sup>.

169. Selon la version en français de l'art. 79 al. 1 CVIM, l'empêchement doit être « **indépendant de [la] volonté** » du débiteur<sup>238</sup>. Sans qu'elle constitue d'aucune manière une référence à la faute, cette formulation laisse transparaitre

<sup>229</sup> Dans le même sens MAGNUS, N 2 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>230</sup> MAGNUS, N 7 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>231</sup> Sur l'approche stricte selon laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 139.

<sup>232</sup> A propos du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>233</sup> MAGNUS, N 7 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>234</sup> S'agissant de l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE), cf. le paragraphe III.1.4.3.A., p. 283, N 826 ss.

<sup>235</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1686.

<sup>236</sup> Cf. par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 12 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41, p. 786.

<sup>237</sup> MAGNUS, N 17 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>238</sup> En espagnol, « ajeno a su voluntad ».

l'idée que l'obstacle à une bonne exécution ne doit pas pouvoir être rattaché à un acte (action ou omission) volontaire du débiteur. En doctrine, on suit cette idée notamment lorsqu'on dit que l'empêchement doit avoir un caractère externe<sup>239</sup>. En pratique, l'empêchement a un caractère externe si le débiteur prouve que l'obstacle ne résulte pas d'un de ses actes, de celui d'un de ses auxiliaires, de celui d'un tiers qu'il « a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat » au sens de l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>240</sup>, ou de tout autre fait qui relève de l'organisation que le débiteur (voire l'une des personnes dont celui-ci répond selon ce qui précède) a mis en place pour accomplir la prestation due<sup>241</sup>. Par exemple, le mouvement de grève qui ne concerne que l'entreprise du débiteur n'a pas ce caractère externe<sup>242</sup>. De même, le débiteur n'est, d'ordinaire, pas libéré si l'inexécution au sens large est due à la perte de l'un de ses collaborateurs<sup>243</sup>, voire à une défaillance survenue dans la production des marchandises ou dans l'administration de l'entreprise<sup>244</sup>. En effet, on part de l'idée que, dans le domaine de la vente commerciale, la structure voulue par le débiteur (personnellement ou par l'intermédiaire d'une des personnes dont il répond) pour fournir les prestations dues ne doit pas souffrir de ce genre d'événements<sup>245</sup>. Toutes les hypothèses visées ont donc comme dénominateur commun le fait que l'empêchement peut être rattaché au comportement et à la volonté du débiteur.

170. Selon la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM, l'empêchement doit être « **beyond [the] control** » **du débiteur**. Cette expression recouvre l'idée que l'obstacle à une bonne exécution ne doit pas résulter d'un événement sous le contrôle du débiteur. En doctrine, on embrasse cette conception notamment lorsqu'on affirme que l'empêchement doit être hors de l'influence du débiteur<sup>246</sup>. Pratiquement, un empêchement est généralement hors de l'influence du débiteur s'il résulte, par exemple, d'une catastrophe naturelle ou d'une autre intempérie grave (inondation, tremblement de terre, tempête, incendie,

---

<sup>239</sup> Cf. PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1688 ; ainsi que SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 11 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>240</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>241</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 15 *ad* art. 79 CVIM, et MAGNUS, N 18 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>242</sup> Cf., par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1692, et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41 b, p. 788.

<sup>243</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 15 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>244</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 17 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>245</sup> Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 15 *ad* art. 79 CVIM ; MAGNUS, N 18 *ad* art. 79 CVIM ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41 b, p. 789.

<sup>246</sup> Cf. PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1689 ; ainsi que SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 14 *ad* art. 79 CVIM.

foudre, sécheresse, gel, etc.), d'une guerre ou d'une révolte, d'actes du gouvernement ou de mesures administratives (ban d'exportations ou d'importations, boycott, fermeture des voies de circulation, embargo, contrôle des échanges), d'accidents majeurs ou d'épidémies<sup>247</sup>. Toutes ces hypothèses se caractérisent par le fait qu'elles sont hors du contrôle du débiteur sur le processus d'exécution de l'obligation, contrôle que le créancier est en droit d'attendre de la part du débiteur parce que celui-ci a assumé la charge d'une bonne exécution de sa dette.

171. Le texte de la Convention laisse entendre qu'il y a deux optiques d'analyse différentes pour déterminer si un empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur<sup>248</sup> ; l'une axée sur le lien entre la survenance de l'empêchement et la volonté du débiteur lui-même, l'autre sur le rapport entre l'empêchement et la tâche que le débiteur a assumée. Ces **deux façons de caractériser l'obstacle pertinent** au sens de l'art. 79 al. 1 CVIM doivent conduire au même résultat pratique. Elles doivent se résoudre en une seule interprétation. Lorsque tel est le cas, la solution juridique est légitimée doublement par le fait que la même qualification de l'empêchement résulte de deux optiques d'analyse différentes ; aucune raison n'exige alors qu'on choisisse ou qu'on privilégie une approche par rapport à l'autre.

172. Nous avons essayé de rendre compte de ces deux approches en parlant **d'empêchement « hors de la sphère d'influence » du débiteur**<sup>249</sup>. En effet, la version en français, ainsi que celle en espagnol, de l'art. 79 al. 1 CVIM met l'accent plutôt sur l'idée d'un domaine, d'une « sphère » dont le débiteur répond, et celle en anglais sur l'idée d'un contrôle, d'une « influence » sur les événements attendue de la part du débiteur. De manière similaire à l'expression proposée ici, la traduction en allemand de la Convention rend compte des deux approches en parlant d'empêchement « ausserhalb [des] Einflussbereichs ».

173. Toutefois, il est possible que les deux approches donnent l'impression **d'aboutir, à première vue, à une qualification différente de l'obstacle**. Dans quelles hypothèses l'empêchement est-il alors hors de la sphère d'influence du débiteur ? Il convient de répondre à cette question pour éviter que l'absence d'une correspondance parfaite entre les textes de la Convention ne porte préjudice à la réglementation.

174. On considère, par exemple, que, dans des circonstances ordinaires, si l'obstacle à une bonne exécution résulte d'un acte de sabotage, effectué certes dans l'établissement du vendeur, mais par des personnes qui s'y sont introduites illégalement et dont celui-là ne répond pas, l'empêchement est hors de la

<sup>247</sup> Cf. PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1693 ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 14 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>248</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1687.

<sup>249</sup> Cf. CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41b, p. 788.

sphère d'influence du vendeur<sup>250</sup>. Tel est également le cas si les marchandises présentent ce qui, *a posteriori*, s'avère être un défaut de fabrication, qui toutefois n'était pas décelable selon les règles de l'art et l'état des connaissances au moment de la réalisation de la chose<sup>251</sup> ; ou si l'incapacité pour le débiteur de s'exécuter est due à son propre manque de ressources financières, qui cependant a été causé par un acte du gouvernement, tel qu'une expropriation ou une confiscation de la totalité ou d'une partie des biens du débiteur<sup>252</sup>. Il en résulte la règle suivante : lorsque l'empêchement n'a à **première vue pas le caractère externe** mis en évidence par la version en français, **mais** qu'on doit admettre qu'il est **hors de l'influence** du débiteur, alors celui-ci est exonéré de sa responsabilité, si les autres conditions de l'exonération sont réalisées<sup>253</sup>. En effet, dans de telles hypothèses, concrètement il a été fait tout ce à quoi le créancier pouvait s'attendre de la part du débiteur et cela suffit à enlever toute pertinence au lien existant entre la survenance de l'empêchement (ainsi que l'inexécution au sens large) et la sphère dont le débiteur répond. Autrement dit, pour reprendre les paroles de STOLL, l'empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur s'il apparaît qu'il n'aurait pas eu de sens d'adopter des mesures autres que celles qui ont été effectivement prises, pour en éviter la survenance<sup>254</sup>.

175. En partant du constat qui précède, une partie de la doctrine affirme que l'approche qui résulte de la version en anglais est préférable à celle de la version en français<sup>255</sup>. Cette affirmation est critiquable dans la mesure où l'optique de la version française garde toute sa pertinence lorsque l'empêchement a le caractère externe visé. En effet, si l'obstacle à une bonne exécution ne peut être rattaché d'aucune manière au comportement et à la volonté du débiteur, comment peut-il être dans la sphère d'influence de celui-ci ? **Si l'empêchement a le caractère externe** exigé par la version en français, le débiteur est exonéré de sa responsabilité sans qu'il soit nécessaire de détailler si l'obstacle était également hors de son influence<sup>256</sup>.

176. Il résulte déjà de la lettre de l'art. 79 al. 1 CVIM (« inexécution [...] due à un empêchement »<sup>257</sup>) qu'il faut que l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur soit **une cause pertinente de l'inexécution au sens**

---

<sup>250</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 14 *ad art.* 79 CVIM.

<sup>251</sup> BIANCA-PONZANELLI, N 4 *ad art.* 79 CVIM, p. 315.

<sup>252</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 16 *ad art.* 79 CVIM.

<sup>253</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 14 *ad art.* 79 CVIM avec réf., et MAGNUS, N 18 *ad art.* 79 CVIM.

<sup>254</sup> SCHLECHTRIEM-STOLL, N 20 *ad art.* 79 CVIM avec réf.

<sup>255</sup> De cet avis notamment PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1689.

<sup>256</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 14 *ad art.* 79 CVIM.

<sup>257</sup> En anglais, « failure [...] due to an impediment » ; en espagnol « esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ».

**large**<sup>258</sup>. En particulier, tel est le cas si on ne peut raisonnablement attendre du débiteur qu'il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci sur le processus d'exécution de l'obligation<sup>259</sup>.

*B. Un empêchement imprévisible au moment de la conclusion du contrat*

177. Selon l'art. 79 al. 1 CVIM, l'exonération de la responsabilité présuppose, **deuxièmement**, qu'on puisse admettre qu'un débiteur raisonnable n'aurait pas pris en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat<sup>260, 261</sup>

178. **Cette condition de l'exonération n'en est pas vraiment une**: elle énonce simplement une règle d'interprétation du contrat conclu par les parties qui résulte déjà de l'art. 8 al. 2 CVIM. En effet, lorsqu'une partie ne connaît pas et ne doit pas connaître la véritable intention de l'autre partie (ce qui exclut l'application de l'art. 8 al. 1 CVIM), les indications et autres comportements de celle-ci doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité et placée dans la même situation que celle-là, leur donnerait (art. 8 al. 2 CVIM). Cette règle se fonde notamment sur l'idée que dans des circonstances ordinaires toute partie est en droit de penser que l'autre agit raisonnablement. Or, une personne raisonnable qui prévoit au moment de la conclusion du contrat la survenance d'un certain empêchement (par exemple, l'impossibilité d'effectuer le transport des marchandises à cause de la fermeture des voies de circulation) et qui ne veut pas en répondre, manifeste au co-contractant sa volonté en ce sens, pour en répartir la charge dans le contrat. On en déduit la règle d'interprétation suivante: si une personne contracte sans réserves, dans des circonstances ordinaires l'autre partie a raison de comprendre que celle-là assume le risque de tout empêchement qui est raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat<sup>262</sup>. Par conséquent, si un tel

<sup>258</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 31 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 24 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>259</sup> A propos du rapport entre l'insurmontabilité d'un empêchement (et des conséquences de celui-ci) et le lien de causalité entre ce même empêchement et l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.3.3. C., notamment N 187.

<sup>260</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 32 *ad* art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 22 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>261</sup> S'agissant de l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE), cf. le paragraphe III.1.4.3.B., p. 288, N 835 ss.

<sup>262</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 12 et 22 *ad* art. 79 CVIM avec réf.; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41a, p. 787; WEBER 2, N 51 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1721.



empêchement survient, le débiteur ne peut pas se prévaloir de l'exonération, car il a donné tacitement la garantie qu'il surmonterait l'obstacle<sup>263</sup>.

PICHONNAZ considère que, lorsque le débiteur ne prévoit pas la survenance de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat, il ne peut pas en assumer tacitement le risque, parce qu'alors il ne peut exprimer de manifestation de volonté à cet égard<sup>264</sup>. Or, s'il est sûr que, dans ce cas, le débiteur n'assume pas le risque consciemment, nous croyons que contractuellement il l'assume quand même lorsque le créancier comprend légitimement le silence de l'autre en ce sens (ce qui est en général le cas si la survenance de l'empêchement est *raisonnablement prévisible* au moment de la conclusion du contrat). En effet, autrement qu'à l'art. 8 al. 1 CVIM et de la même manière qu'à l'art. 8 al. 2 CVIM, la règle d'interprétation de l'art. 79 al. 1 CVIM vise une hypothèse dans laquelle l'intention réelle du débiteur n'a aucune importance, étant donné que le créancier ne la connaît pas, ni ne doit la connaître. Il est alors *indifférent que le débiteur prévienne ou non la survenance de l'empêchement*; seule compte la volonté que le créancier lui prête légitimement, soit le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que le créancier, placée dans la même situation, donnerait au silence du débiteur. Dès lors, même un silence que celui-ci croit, à cause de son ignorance, sans portée et qu'il veut ainsi, peut être compris à raison par l'autre comme une manifestation de volonté. D'ailleurs, la situation juridique est similaire selon le droit interne suisse par l'application du principe de la confiance<sup>265</sup>.

179. Il résulte de ce qui précède que la condition de l'art. 79 al. 1 CVIM analysée ici est intéressante dans la mesure où elle **rappelle, explicite et confirme la règle d'interprétation** découlant de l'art. 8 al. 2 CVIM. En revanche, elle n'entend pas déroger à cette disposition et il faut notamment éviter qu'une mauvaise compréhension de l'art. 79 al. 1 CVIM puisse conduire à ce qu'elle soit interprétée en contradiction avec l'art. 8 al. 2 CVIM.

180. **En pratique**, on détermine selon un critère objectif et *in concreto*, si on ne pouvait raisonnablement attendre du débiteur qu'il prenne en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat<sup>266</sup>. En particulier, apprécier *in concreto* signifie qu'on tiendra compte du fait que le débiteur est un commerçant, envers lequel les exigences sont plus élevées qu'envers le bon père de famille<sup>267</sup>. Puisque tout empêchement se révèle *a posteriori* plus ou moins prévisible, savoir si un commerçant raisonnable, dans la même situation

---

<sup>263</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41a, p. 787. Dans le même sens BIANCA-PONZANELLI, N 1 *ad* art. 79 CVIM, p. 310.

<sup>264</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1724.

<sup>265</sup> Cf. notamment PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 855 ss avec réf., notamment N 856 ss, 872 ss, 879 et 882.

<sup>266</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 871 et 1732 s. avec réf.; ainsi que, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 22 *ad* art. 79 CVIM, et MAGNUS, N 32 *ad* art. 79 CVIM. A propos du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. également l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>267</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1736 s. avec réf.

que le débiteur, aurait pris ou non en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat dépend du degré de prévisibilité<sup>268</sup>. De fait, les usages auxquels les parties ont consenti, explicitement ou « tacitement » au sens de l'art. 9 al. 2 CVIM, et les habitudes qui se sont établies entre elles (art. 9 al. 1 CVIM) contribuent à l'analyse du caractère imprévisible de l'empêchement<sup>269</sup>. En résumé, étant donné que dans le cadre de la Convention le débiteur est un commerçant, il faut que l'empêchement n'ait pas été raisonnablement prévisible, objectivement et compte tenu des circonstances, pour le commerçant diligent.

### C. *Un empêchement et des conséquences (inévitables et) insurmontables*

181. Il faut, **troisièmement**, qu'on puisse admettre qu'un débiteur raisonnable n'aurait pas pu prévenir ou surmonter l'empêchement, ou les conséquences de celui-ci.<sup>270</sup>

182. **Prévenir l'empêchement ou, au moins, ses conséquences** au sens de l'art. 79 al. 1 CVIM signifie adopter les mesures de prévention raisonnables pour que l'empêchement ne survienne pas, pour qu'il ne cause pas l'inexécution au sens large ou au moins pour que ses conséquences soient limitées à ce qui n'est pas (raisonnablement) évitable<sup>271</sup>.

183. En tant que condition, cet élément est superflu : en effet, « si la circonstance génératrice de l'empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur, la survenance de l'empêchement est par définition inévitable. »<sup>272</sup> Tout au plus, **l'élément contribue à déterminer** si l'empêchement est effectivement hors de la sphère d'influence du débiteur, étant donné que l'obstacle à une bonne exécution a cette caractéristique s'il apparaît qu'il n'aurait pas eu de sens d'adopter des mesures autres que celles qui ont été effectivement prises, pour en éviter la survenance ou, au moins, les conséquences sur le processus d'exécution de l'obligation<sup>273</sup>.

<sup>268</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 22 *ad* art. 79 CVIM, et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1728.

<sup>269</sup> Cf. HONNOLD, § 432, p. 482 s. ; ainsi que, par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1737, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 22 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>270</sup> S'agissant de l'inévitabilité et de l'insurmontabilité de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci) selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., p. 291, N 843 ss.

<sup>271</sup> Dans la version en anglais, on a employé le verbe « to avoid » ; dans celle en espagnol, le verbe « evitar ». Les deux termes signifient « éviter », plus que « prévenir ».

<sup>272</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1710.

<sup>273</sup> Sur l'empêchement qui enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la sphère dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

184. En outre, il faut qu'on ne puisse raisonnablement attendre du débiteur **qu'il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci.**

185. Cet élément se fonde sur l'idée que, entre le créancier et le débiteur, c'est celui-ci qui a les connaissances spécifiques inhérentes au domaine dont relève la prestation due ; il est donc, généralement, le plus apte à prendre des décisions concernant l'exécution matérielle de l'obligation, en particulier lors de la survenance d'un empêchement. De fait, entre les deux, il est également la personne la plus « proche » de l'accomplissement de la prestation due, dans le sens qu'il est la personne la plus impliquée dans le processus d'exécution et celle qui matériellement en conditionne davantage le déroulement par ses décisions. « Il lui sera dès lors souvent **plus facile de surmonter les effets d'un obstacle à l'exécution que le créancier,** et à moindre frais. »<sup>274</sup>

186. Autrement dit, selon l'art. 79 al. 1 CVIM, malgré la survenance d'un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, celui-ci doit entreprendre tous les efforts raisonnables pour surmonter l'obstacle et fournir la prestation due, ne serait-ce que partiellement<sup>275</sup>. La situation juridique est comparable à celle qui serait si le débiteur avait une véritable obligation implicite de surmonter ou au moins de réduire, dans la mesure du raisonnable, les conséquences dommageables pour le créancier résultant de la survenance d'un empêchement. Tout se passe comme si les deux parties s'étaient engagées à faire en sorte que, dans la mesure du raisonnable, **l'exécution du contrat soit globalement la plus avantageuse possible pour les deux.** Il en résulte un régime qui est très exigeant envers les parties au contrat<sup>276</sup>. Ainsi, si un empêchement survient, le débiteur qui doit y faire face pourrait être contraint de s'exposer à des dépenses considérablement supérieures à celles qu'il avait prévues et qu'il aurait dû engager de toute manière pour exécuter ses obligations<sup>277</sup>.

L'art. 79 al. 4 CVIM également témoigne de la sévérité avec laquelle les auteurs de la Convention ont réglé les conséquences de l'inexécution au sens large<sup>278</sup>.

187. Exiger l'insurmontabilité de l'empêchement et des conséquences de celui-ci revient à affirmer que seul un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur qui soit raisonnablement insurmontable, et dont les conséquences sont raisonnablement insurmontables, peut être une cause pertinente de l'inexécution au sens large, susceptible d'exonérer le débiteur de sa responsabilité<sup>279</sup>. De fait, les auteurs de la Convention ont, de la sorte, souligné la **dureté**

---

<sup>274</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1745.

<sup>275</sup> MAGNUS, N 34 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>276</sup> SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, p. 567.

<sup>277</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 23 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>278</sup> S'agissant de l'art. 79 al. 4 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.C., p. 79, N 228 ss.

<sup>279</sup> Sur le lien de causalité entre l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur et l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 176.

avec laquelle ils veulent qu'on juge du lien de causalité entre la survenance de l'empêchement et l'inexécution au sens large<sup>280</sup>. Autrement dit, ils ont ainsi précisé la qualité du lien de causalité exigé.

188. **En pratique**, comme il résulte de la lettre de la loi et de la même manière que s'agissant du caractère imprévisible de l'obstacle à une bonne exécution<sup>281</sup>, le critère pour juger si l'empêchement et ses conséquences sont insurmontables réside en ce qu'on peut raisonnablement attendre du débiteur, en tant que commerçant diligent. Il faut qu'on puisse admettre que, objectivement et compte tenu des circonstances, un commerçant diligent, dans la même situation que le débiteur, n'aurait pas surmonté l'empêchement, ni les conséquences de celui-ci.

### 1.3.4. Le cas particulier du tiers chargé d'exécuter tout ou partie du contrat (art. 79 al. 2 CVIM)

189. On précisera d'abord le rapport entre les alinéas 1 et 2 de l'art. 79 CVIM (A.), avant de déterminer le champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM (B.) et d'indiquer les conditions auxquelles cette disposition prévoit l'exonération de la responsabilité (C.). Enfin, on traitera d'une question controversée, c'est-à-dire des conditions auxquelles le débiteur est exonéré de sa responsabilité lorsque l'inexécution au sens large est due à un événement qui s'est produit dans la sphère d'influence du fournisseur ou du fabricant des marchandises (D.).<sup>282</sup>

#### A. *L'art. 79 al. 2 CVIM par rapport à l'art. 79 al. 1 CVIM*

190. **L'art. 79 al. 2 CVIM énonce une règle spéciale** par rapport à celle générale de l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>283</sup>. Comme celui-ci, il expose les conditions auxquelles, exceptionnellement, le débiteur est exonéré de l'obligation de réparer le dommage; mais il les exprime pour une situation particulière, soit celle dans laquelle le débiteur charge un tiers d'exécuter l'une de ses obligations et que cette personne n'accomplit pas bien la prestation due. En principe, le débiteur répond alors du dommage; d'après l'art. 79 al. 2 CVIM, il n'est libéré de sa

<sup>280</sup> Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

<sup>281</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 180.

<sup>282</sup> S'agissant de l'exonération due à la force majeure lorsqu'un débiteur charge un tiers d'exécuter la prestation due selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE), cf. le paragraphe III.1.4.3.D., p. 294, N 848 ss.

<sup>283</sup> A propos de l'art. 79 al. 1 CVIM en tant que règle générale sur les conditions de l'exonération du débiteur, cf. le paragraphe I.1.3.3., notamment N 164.

responsabilité que dans le cas où les conditions de l'art. 79 al. 1 CVIM sont réalisées et où le tiers serait lui aussi exonéré si la règle de l'art. 79 al. 1 CVIM lui était appliquée.

191. Les auteurs de la Convention ont adopté cette disposition spéciale parce qu'ils craignaient que, dans la situation visée, la seule règle générale pût conduire à des résultats insatisfaisants. En particulier, ils ont **voulu éviter un allègement de la responsabilité du vendeur**<sup>284</sup>. En effet, à la lecture de la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM, le débiteur d'une obligation pourrait penser (à tort) que, si l'inexécution au sens large est due aux agissements d'un tiers indépendant<sup>285</sup> auquel il a délégué l'exécution de l'obligation, il est exonéré de sa responsabilité envers le créancier parce que, le tiers étant indépendant, l'inexécution est due à un « *impediment beyond his control* »<sup>286</sup>. En revanche, le texte en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM ne pose pas les mêmes problèmes de compréhension lorsque le tiers est dépendant.

192. Or, s'il est légitime que le débiteur ait recours à un tiers pour que ses obligations soient exécutées, **il ne faut pas qu'il puisse tirer profit de cette délégation** dans le sens que sa responsabilité serait alors réduite par rapport à celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas chargé le tiers de l'exécution<sup>287</sup>. L'art. 79 al. 2 CVIM a pour but d'indiquer clairement que, sauf circonstances particulières (cf. notamment l'art. 79 al. 2 let. b CVIM), charger un tiers de l'exécution d'une obligation ainsi que les conséquences de ce choix relèvent de la responsabilité du débiteur<sup>288</sup>.

193. Les versions en français et en espagnol de l'art. 79 al. 1 CVIM permettent **d'atteindre le résultat juridique voulu par voie d'interprétation**. En effet, si l'empêchement résulte d'un acte du tiers (le cas échéant, indépendant) que le débiteur « a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat »<sup>289</sup>, il n'a pas le caractère externe exigé par ces versions<sup>290</sup>. Dès lors, le débiteur n'échappe pas à sa responsabilité en invoquant le fait qu'il a confié l'exécution du contrat, en tout ou en partie, à une tierce personne, parce que ce fait n'est en réalité pas hors de sa sphère d'influence ; pour être exonéré, il faut qu'il prouve qu'un autre événement qui est réellement hors de sa sphère d'influence, par exemple une catas-

---

<sup>284</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1698 ; ainsi que JANSER, p. 23.

<sup>285</sup> Pour une définition du tiers indépendant, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 197.

<sup>286</sup> Cf. notamment HONNOLD, § 433, p. 486 ; ainsi que SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 28 *ad art. 79 CVIM* avec réf.

<sup>287</sup> Dans le même sens, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 26 *ad art. 79 CVIM* avec réf., et MAGNUS, N 39 *ad art. 79 CVIM*.

<sup>288</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 27 *ad art. 79 CVIM* avec réf.

<sup>289</sup> En anglais, « *has engaged to perform the whole or a part of the contract* » ; en espagnol, « *al que [le débiteur] haya encargado la ejecución total o parcial del contrato* ».

<sup>290</sup> Sur le caractère externe de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 169.

trophe naturelle, est survenu<sup>291</sup>. Autrement dit, il doit prouver que concrètement il a été fait tout ce à quoi le créancier pouvait s'attendre, ce qui relègue au deuxième plan et enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la délégation au tiers<sup>292</sup>.

194. En pratique, puisque le débiteur répond, en principe, du fait du tiers chargé de l'exécution et qu'il est dès lors indifférent que l'inexécution au sens large soit directement due aux actes du débiteur ou à ceux de cette tierce personne, pour être exonéré de la responsabilité, le débiteur doit démontrer que tant lui-même que le tiers remplissent les conditions d'exonération de l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>293</sup>, ce que l'art. 79 al. 2 CVIM explicite. Il en résulte que, plutôt qu'aggraver la responsabilité du débiteur<sup>294</sup>, **l'art. 79 al. 2 CVIM ne fait que clarifier la règle de l'art. 79 al. 1 CVIM** pour une situation particulière, sans en modifier le contenu matériel<sup>295</sup>. Autrement dit, il traduit le seuil d'imputabilité au débiteur de l'inexécution au sens large, que l'art. 79 al. 1 CVIM prévoit de manière générale, pour le cas particulier dans lequel le débiteur charge un tiers d'exécuter l'une de ses obligations et que cette personne n'accomplit pas bien la prestation due. L'examen de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE confirmera la justesse de cette analyse<sup>296</sup>.

195. Une telle clarification est **d'une grande utilité sous l'angle de la sécurité du droit** : elle précise quelles sont les conditions de l'exonération dans l'hypothèse analysée ici et elle prévient notamment toute discussion que pourrait inspirer la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM à propos de la respon-

<sup>291</sup> Dans le même sens SOERGEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 23 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>292</sup> A propos de l'empêchement qui enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la sphère dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

<sup>293</sup> Cf. JANSER, p. 22.

<sup>294</sup> Néanmoins la doctrine majoritaire s'exprime ainsi (MAGNUS, N 39 *ad* art. 79 CVIM ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 26 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, N 294, p. 207 ; NEUMAYER/MING, N 8 *ad* art. 79 CVIM, p. 523). Dans le même sens PICHONNAZ, qui toutefois préfère utiliser l'expression « restriction à l'exonération » (PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1694).

<sup>295</sup> Cf. Bundesgerichtshof (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2a (« der Verkäufer [...] kann [...] nach Art. 79 Abs. 1 oder 2 CISG nur entlasten, wenn die Mangelhaftigkeit auf Umständen beruht, die außerhalb seines eigenen und des Einflßbereichs jedes seiner Vorlieferanten liegen »). Cf. également PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1678 ; SOERGEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 23 *ad* art. 79 CVIM ; ENDERLEIN/MASKOW, N 7.3 *ad* art. 79 CVIM ; JANSER, p. 21. STOLL également, dans la troisième édition en allemand du commentaire édité par SCHLECHTRIEM, n'exclut pas définitivement que l'art. 79 al. 2 CVIM puisse simplement clarifier l'art. 79 al. 1 CVIM, en parlant d'une « Haftungsverschärfung, mindestens im Sinne einer Klarstellung » (SCHLECHTRIEM-STOLL, N 35 *ad* art. 79 CVIM). Cf. également SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 25 *ad* art. 79 CVIM *in fine*.

<sup>296</sup> Sur le fait que l'examen des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE confirme l'analyse du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. que le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 851.

sabilité du débiteur, notamment du vendeur, pour les agissements du tiers indépendant auquel il confie l'exécution d'une de ses obligations<sup>297</sup>.

196. Par ailleurs, il ne se justifierait pas que le débiteur réponde des actes du tiers qu'il a chargé de l'exécution plus strictement que ce qu'il l'aurait dû si lui-même avait agi comme la tierce personne. Deux éléments sont importants en ce sens. Premièrement, les auteurs de la Convention ont certes voulu que la responsabilité du débiteur ne soit pas allégée lorsqu'il confie l'accomplissement de la prestation due à un tiers<sup>298</sup>, mais cela ne signifie pas qu'ils aient voulu une responsabilité plus sévère que celle qui aurait été la sienne si le débiteur avait exécuté lui-même son obligation. Deuxièmement, les actes du tiers relèvent certes, en principe, de la responsabilité du débiteur, mais le créancier en bénéficie : en effet, en matière de vente commerciale notamment, quel créancier serait satisfait de la prestation que Robinson Crusoe pourrait lui fournir?<sup>299</sup> Dès lors, s'il ne faut pas que le débiteur exploite le fait qu'il a délégué l'exécution du contrat, en tout ou en partie, à une tierce personne, **il ne faut pas non plus que le créancier en profite** dans le sens que le débiteur répondrait d'un acte du tiers qui toutefois n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même.

#### B. *Le champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM*

197. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (I.1.3.4.A., N 190 ss), par l'adoption de l'art. 79 al. 2 CVIM, les auteurs de la Convention ont voulu éviter un allègement de la responsabilité du débiteur lorsque celui-ci charge un tiers indépendant, c'est-à-dire une personne qui n'est pas soumise au contrôle du débiteur, d'exécuter tout ou partie du contrat. Bien que la lettre de l'art. 79 al. 2 CVIM parle simplement de « tiers »<sup>300</sup>, la doctrine majoritaire absolutise cet objectif des auteurs de la Convention en affirmant que la disposition en question vise uniquement le cas (mentionné) du tiers indépendant et que seul l'art. 79 al. 1 CVIM serait applicable dans les autres hypothèses<sup>301</sup>. En réalité, étant donné que, lorsqu'un débiteur « charge » un tiers d'exécuter tout ou partie du contrat, sa responsabilité est matériellement toujours la même qu'on applique l'art. 79 al. 1 ou l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>302</sup>, il est **superflu de distinguer**

---

<sup>297</sup> Sur l'allègement de la responsabilité du débiteur pour les agissements d'un tiers indépendant, qui pourrait résulter de la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. *supra*, notamment N 191.

<sup>298</sup> Sur le but de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. *supra*, notamment N 192.

<sup>299</sup> L'affirmation est empruntée à SPIRO (cf. SPIRO, § 63 n. 11, p. 254).

<sup>300</sup> En anglais, « third person » ; en espagnol, « tercero ».

<sup>301</sup> MAGNUS, N 37 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 25 *ad* art. 79 CVIM avec réf. ; TERCIER/FAVRE, N 1692.

<sup>302</sup> Sur le fait que l'art. 79 al. 2 CVIM ne fait qu'expliciter l'art. 79 al. 1 CVIM pour une situation particulière, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 194.

**entre tiers dépendant et tiers indépendant**<sup>303</sup>. D'ailleurs, si une telle distinction était véritablement importante, le régime de la Convention perdrait de son attrait, car elle serait difficilement praticable<sup>304</sup>.

198. **Dans l'optique du créancier** il est parfaitement cohérent que cette distinction soit sans importance. En effet, pour le créancier, il est indifférent que le tiers soit indépendant ou subordonné au débiteur : seul est pertinent le fait que celui-ci ait chargé celui-là d'exécuter l'obligation dont il n'a pas obtenu de bonne exécution.

199. Dès lors, suivant l'idée de la spécialité, il est préférable **d'appliquer l'art. 79 al. 2 CVIM chaque fois que le débiteur charge un tiers** d'exécuter l'une de ses obligations<sup>305</sup>. En effet, de par sa lettre déjà, cette disposition vise le recours à toute tierce personne (que celle-ci soit dépendante ou indépendante). En outre, elle est plus apte que l'art. 79 al. 1 CVIM à régler ce genre d'hypothèses, étant donné qu'elle précise davantage quelles sont alors les conditions de l'exonération<sup>306</sup>.

200. Le champ d'application ainsi défini comporte **deux aspects cumulatifs**.

201. Il faut, **premièrement, que le tiers participe à l'exécution d'une des obligations du débiteur** ; autrement dit, qu'il agisse dans le cadre de l'exécution du contrat<sup>307</sup>. Cet aspect du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM met en évidence une condition fondamentale de la responsabilité du débiteur : celui-ci n'est pas tenu pour responsable de l'événement dommageable qui ne constitue pas l'inexécution au sens large d'une de ses obligations<sup>308</sup>.

202. On notera dès lors que, puisque le tiers doit participer à l'exécution d'une des obligations du débiteur, **en définissant leurs obligations respectives**, les parties au contrat contribuent à déterminer également le cercle des

<sup>303</sup> A propos du fait que les Principes indiquent clairement qu'il est inutile de distinguer entre tiers dépendant et tiers indépendant en tant qu'amélioration formelle de la réglementation, cf. le paragraphe III.2.1.3.C., notamment N 906.

<sup>304</sup> Cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 25 *ad* art. 79 CVIM *in fine* avec réf. et N 29 *ad* art. 79 CVIM ; MAGNUS, N 38 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>305</sup> Dans le même sens *Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suisse), 10 février 1999 (cause n° HG970238.1 ; CLOUT n° 331 ; CISG-online n° 488), consid. 3.2e.

<sup>306</sup> Sur l'intérêt de la clarification qu'apporte l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 195.

<sup>307</sup> «Voraussetzung ist [...], dass die Hilfsperson im Rahmen der Vertragserfüllung tätig wird» (*Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suisse), 10 février 1999 (cause n° HG970238.1 ; CLOUT n° 331 ; CISG-online n° 488), consid. 3.2e). Cf. également JANSE, p. 23.

<sup>308</sup> MAGNUS, N 41 *ad* art. 79 CVIM avec réf.



personnes dont chacune d'entre elles répond. Sous cet angle, le contrat joue un rôle déterminant<sup>309</sup>.

**Exemple 1 :** Si les parties au contrat ont convenu que le vendeur ne doit pas acheminer les marchandises jusqu'à leur destination finale mais qu'il doit uniquement les remettre au premier transporteur, d'ordinaire il ne répond pas de l'empêchement qui survient dans la sphère d'influence de ce tiers ou des éventuels transporteurs successifs. En effet, pour ce qui le concerne, il ne peut pas y avoir d'inexécution au sens large d'une de ses obligations dans la mesure où il a remis les marchandises au premier transporteur conformément au contrat. Le ou les transporteurs n'ont alors pas la qualité de tiers « chargé[s] d'exécuter tout ou partie du contrat » au sens de l'art. 79 al. 2 CVIM.<sup>310</sup> La situation juridique aurait été différente si les parties avaient convenu que le vendeur transporte les marchandises jusqu'à leur destination finale.

203. Il faut, **deuxièmement, que l'intervention** du tiers dans le processus d'exécution des obligations du débiteur **ne soit pas indépendante de la volonté de celui-ci**; autrement dit, qu'on puisse admettre que le tiers a été « chargé » de l'exécution par le débiteur. Tel est le cas si le débiteur en personne fait appel au tiers pour que ses obligations soient exécutées, par exemple en engageant ce dernier en vue de l'exécution du contrat qui le lie au créancier. Tel est également le cas si ce n'est pas lui qui confie l'accomplissement d'une de ses obligations au tiers, mais une autre personne qu'il a préalablement chargée d'exécuter l'obligation en question ou d'en organiser l'exécution. De manière générale, cette condition du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM est réalisée dès qu'une personne est liée à la structure par laquelle les obligations du débiteur doivent être exécutées et dont l'organisation est imputable à celui-ci<sup>311</sup>.

**Exemple 2 :** Dans des circonstances ordinaires, le vendeur ne répond pas du retard dans la livraison causé par un saboteur qui s'introduit en pleine nuit dans l'établissement fermé, s'il a pris les précautions nécessaires pour prévenir ou surmonter un empêchement de cette nature.

**Exemple 3 :** En revanche, le vendeur répond du retard dans la livraison, si celle-ci est gênée intentionnellement par le transporteur auquel auparavant les marchandises ont été confiées par l'un des collaborateurs du débiteur pour que l'obligation (par hypothèse, résultant du contrat de vente) d'acheminer les marchandises jusqu'au domicile de l'acheteur soit exécutée.

204. Par ailleurs, la doctrine considère **qu'on ne peut pas faire intervenir un tiers** dans le processus d'exécution d'une obligation **avant que celle-ci**

---

<sup>309</sup> Cf. *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166 ; CISG-online n° 187), consid. C.I.8c *in fine* ; ainsi que SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 797.

<sup>310</sup> *Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suisse), 10 février 1999 (cause n° HG970238.1 ; CLOUT n° 331 ; CISG-online n° 488), consid. 3.2e et 3.3b ; ainsi que SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 7 *ad art.* 79 CVIM avec réf.

<sup>311</sup> Dans le même sens TALLON parle d'un « organic link » (BIANCA/BONELL-TALLON, N 2.7.1 *ad art.* 79 CVIM).

**existe**<sup>312</sup>. Toutefois, dès que le débiteur assume l'engagement, le deuxième aspect (susmentionné) du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM est donné pour toutes les personnes qui font parties de la structure par laquelle l'obligation doit être exécutée et dont l'organisation est imputable au débiteur, sans besoin d'une attribution de compétences expresse: la structure parle d'elle-même.

205. Pour caractériser le champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, la doctrine emploie parfois **d'autres éléments, qui toutefois ne sont pas déterminants**.

206. Ainsi, même si c'est souvent le cas, il n'est **pas nécessaire que le tiers soit conscient qu'il agit en vue de l'exécution** d'une obligation du débiteur<sup>313</sup>. Rien dans l'art. 79 al. 2 CVIM n'exige une telle interprétation<sup>314</sup>. En outre, sous l'angle de cette disposition, c'est la volonté du débiteur qui est pertinente, et non celle du tiers<sup>315</sup>.

207. De manière analogue, il est en principe **indifférent que le débiteur ne puisse pas éviter de recourir au tiers** (par exemple, parce que celui-ci est au bénéfice d'un monopole), à moins bien entendu que, en voulant tenir compte de ce fait, les parties n'aient dérogé au régime prévu par la Convention<sup>316</sup>.

208. De même, **le fait que le tiers n'ait pas été choisi par le débiteur, mais par le créancier**, n'exclut pas *ipso facto* l'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, si le débiteur charge celui-là d'exécuter l'une de ses obligations<sup>317</sup>; néanmoins, ce fait peut représenter un indice de la volonté des parties de déroger au régime de la Convention. Par contre, s'il n'y a pas eu de dérogation contractuelle (dans le doute, on n'admet pas que les parties ont convenu que le débiteur ne répond pas des agissements du tiers en question<sup>318</sup>), le créancier doit quand

<sup>312</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1487; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 26 *ad* art. 79 CVIM avec réf.; NEUMAYER/MING, N 9 *ad* art. 79 CVIM, p. 526 avec réf.; JANSER, p. 22.

<sup>313</sup> Pourtant de cet avis SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 26 *ad* art. 79 CVIM; BIANCA/BONNELL-TALLON, N 2.7.1 *ad* art. 79 CVIM; KEIL, p. 152. On notera que STOLL, GRUBER et KEIL eux-mêmes modèrent la portée de cet élément en disant qu'une telle conscience résulte le plus souvent des circonstances du cas d'espèce (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, *ibidem*, et KEIL, *ibidem*).

<sup>314</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1700.

<sup>315</sup> Sur le lien exigé entre l'intervention du tiers dans le processus d'exécution d'une obligation et la volonté du débiteur, cf. *supra*, notamment N 203.

<sup>316</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 28 *ad* art. 79 CVIM; KEIL, p. 152; JANSER, p. 23; dans le même sens PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1703, qui toutefois considère que la preuve libératoire est alors aisée à fournir; *contra* NEUMAYER/MING, N 10 *ad* art. 79 CVIM, p. 530 s. avec réf.; SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 796. A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger au régime prévu par la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65.

<sup>317</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 28 *ad* art. 79 CVIM avec réf.; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 170; NEUMAYER/MING, N 8 *ad* art. 79 CVIM, p. 524 avec réf.; BIANCA/BONNELL-TALLON, N 2.7.1 *ad* art. 79 CVIM; *contra* SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 797.

<sup>318</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, *ibidem*.

même supporter les conséquences de l'inexécution au sens large qui lui est imputable conformément à l'art. 80 CVIM<sup>319</sup>.

209. **En dehors du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM**, il faut juger de l'exonération du débiteur selon la règle générale de l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>320</sup>.

### C. *Les conditions de l'exonération dans le cas particulier*

210. Il résulte des paragraphes précédents (I.1.3.4.A., N 190 ss, et I.1.3.4.B., N 197 ss) qu'en général, lorsqu'une tierce personne (dépendante ou indépendante) participe à l'exécution d'une des obligations du débiteur de par la volonté de celui-ci, c'est-à-dire lorsque le champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM est réalisé, alors le débiteur n'est libéré de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large que si **tant pour lui que pour le tiers** les conditions d'exonération de l'art. 79 al. 1 CVIM sont remplies. En particulier, il ne suffit pas qu'il apporte la preuve qu'il n'a pas commis de faute en choisissant, en instruisant et, le cas échéant, en surveillant le tiers<sup>321</sup>. De même, il est sans importance qu'il prouve que le tiers n'a pas suivi les instructions qu'il lui avait imparties ou que celui-ci a commis une infraction pénale<sup>322</sup>.

### D. *La position controversée du fournisseur et du fabricant*

211. Une question en particulier mérite encore d'être traitée : **quelle est la preuve** que le débiteur doit fournir pour être exonéré de la responsabilité lorsque les marchandises livrées à l'acheteur ne sont pas conformes au contrat au sens de l'art. 35 CVIM en raison d'un événement qui s'est produit dans la sphère d'influence du fournisseur ou du fabricant de celles-là ? Faut-il notamment que l'événement qui cause l'inexécution soit un empêchement hors de la sphère d'influence du tiers ?

212. Le Tribunal fédéral allemand juge qu'alors le vendeur ne peut être libéré de sa responsabilité, conformément à l'art. 79 al. 1 ou al. 2 CVIM, **que si l'inexécution est due à un empêchement** hors de sa propre sphère d'influence, de celle de son fournisseur immédiat et, le cas échéant, de celle des fournisseurs antérieurs<sup>323</sup>. En effet, dans l'optique du créancier il n'y a pas de différence selon que le vendeur produise lui-même les marchandises ou qu'il s'approvi-

---

<sup>319</sup> Dans le même sens, par exemple, NEUMAYER/MING, N 8 *ad* art. 79 CVIM, p. 524, et KEIL, p. 152 s. S'agissant de l'art. 80 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.1., p. 23, N 66 ss.

<sup>320</sup> Concernant les conditions générales de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3., p. 56, N 164 ss.

<sup>321</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 21 et 27 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>322</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 21 *ad* art. 79 CVIM ; ainsi que JANSER, p. 22.

<sup>323</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2 a.

sionne auprès de fournisseurs. Dès lors, de la même manière que le débiteur est responsable si son fournisseur ne lui livre pas à temps, il répond si ce dernier lui fournit des marchandises qui ne sont pas conformes aux engagements qu'il a envers l'acheteur final.<sup>324</sup> SCHLECHTRIEM approuve cette solution<sup>325</sup>.

213. **De fait**, une telle solution revient à admettre que, lorsque le vendeur se procure les marchandises auprès d'un fournisseur ou du fabricant de celles-ci, il doit apporter **la preuve prévue à l'art. 79 al. 2 CVIM** pour être libéré de sa responsabilité<sup>326</sup>.

214. Implicitement, on considère alors que ces personnes ont été chargées d'exécuter tout ou partie du contrat qui lie le vendeur final à l'acheteur final. Cela n'a de sens que si le fournisseur ou le fabricant livrent les marchandises au vendeur, ou le cas échéant directement à l'acheteur, **après la conclusion du contrat final de vente**. En effet, ceux-là ne peuvent logiquement pas participer à l'exécution d'une des obligations du vendeur avant que celle-ci existe<sup>327</sup>.

215. Autrement dit, ni le fournisseur ni le fabricant des marchandises ne peuvent avoir la qualité d'« auxiliaires de l'exécution » par rapport à l'acheteur final **si les marchandises ont déjà été fournies au vendeur** au moment de la conclusion du contrat final. Cette hypothèse ne relève pas du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>328</sup>. Pour être libéré de l'obligation de réparer le dommage, le vendeur final doit alors prouver que les conditions générales de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM sont réunies<sup>329</sup>.

216. Toutefois, il ne peut alors **pas se prévaloir de l'éventuel empêchement qui serait survenu avant** qu'il reçoive les marchandises, car, dès qu'il décide de remettre celles-ci sur le marché, il assume le risque de l'éventuelle non-conformité au contrat au sens de l'art. 35 CVIM résultant d'un tel empêchement<sup>330</sup>. En effet, celui-ci ne serait pas imprévisible au sens de l'art. 79 al. 1 CVIM, parce

<sup>324</sup> *Bundesgerichtshof* (Allemagne), 24 mars 1999 (cause n° VIII ZR 121/98 ; CLOUT n° 271 ; CISG-online n° 396), consid. II.2.a, ainsi que consid. II.2b.

<sup>325</sup> SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 796 s.

<sup>326</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, N 294, p. 207 ; Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1995 (cause n° 8128/1995 ; CISG-online n° 526) ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.42, p. 790 ; *contra Oberlandesgericht Hamburg* (Allemagne), 28 février 1997 (cause n° 1 U 167/95 ; CLOUT n° 277 ; CISG-online n° 261) ; *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166 ; CISG-online n° 187), consid. C.1.8b.aa. Concernant les conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.C., p. 73, N 210.

<sup>327</sup> Sur l'impossibilité de faire intervenir un tiers dans le processus d'exécution d'une obligation avant que celle-ci existe, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 204.

<sup>328</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., p. 69, N 197 ss.

<sup>329</sup> A propos de l'application de l'art. 79 al. 1 CVIM pour les situations en dehors du champ d'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 209.

<sup>330</sup> Dans le même sens NEUMAYER/MING, N 10 *ad* art. 79 CVIM, p. 529 s. avec réf.

qu'un débiteur raisonnable prend en considération, au moment de la conclusion du contrat final, l'hypothèse que les marchandises reçues de la part du fournisseur ou du fabricant de celles-ci présentent un vice de conformité<sup>331</sup>. Cette solution va dans le sens de la doctrine minoritaire qui veut limiter la possibilité pour le débiteur de s'exonérer de la responsabilité lors de la livraison de marchandises défectueuses<sup>332</sup>. Enfin, elle évite que le régime de la responsabilité du débiteur soit plus favorable au vendeur de marchandises existantes qu'à celui qui vend des marchandises à fabriquer ou à produire.

217. Ce raisonnement permet d'imputer au débiteur la non-conformité au contrat final des marchandises **pour le moins tout aussi sévèrement** que le fait d'attribuer la qualité d'« auxiliaires de l'exécution » au fournisseur ou au fabricant même lorsque ces derniers ont déjà fourni les marchandises au vendeur au moment de la conclusion du contrat final. Il est donc inutile d'envisager cette autre solution.

En théorie, une partie importante de la doctrine nie que l'art. 79 al. 2 CVIM soit applicable lorsque l'inexécution au sens large résulte des actes du fournisseur ou du fabricant qui livrent les marchandises après la conclusion du contrat final<sup>333</sup>. Toutefois, de fait, elle admet que la preuve libératoire de cette disposition est matériellement déterminante, en considérant que le vendeur n'est libéré de sa responsabilité que s'il prouve que l'inexécution est due à un empêchement hors de sa propre sphère d'influence et de celle du fournisseur ou du fabricant. Ainsi, on a vu que SCHLECHTRIEM approuve la solution du Tribunal fédéral allemand, lequel applique de fait l'art. 79 al. 2 CVIM. De manière similaire, PICHONNAZ considère que, si la fourniture des marchandises n'est plus possible par la source d'approvisionnement usuelle, le vendeur n'est libéré « que si tout approvisionnement auprès d'un tiers est exclu et qu'un tel événement était imprévisible »<sup>334, 335</sup>.

---

<sup>331</sup> Concernant l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., p. 61, N 177 ss.

<sup>332</sup> S'agissant de l'applicabilité de l'art. 79 CVIM lors de la livraison de marchandises défectueuses, cf. le paragraphe I.1.3.2.B., p. 52, N 148 ss.

<sup>333</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM, *Anmerkung*, § 2, p. 796 s., qui toutefois a expressément changé d'avis par la suite (cf. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, N 294, p. 207), et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1704 avec réf.

<sup>334</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1704, ainsi que N 1678.

<sup>335</sup> On fait le même constat à la lecture des arrêts *Oberlandesgericht Hamburg* (Allemagne), 28 février 1997 (cause n° 1 U 167/95; CLOUT n° 277; CISG-online n° 261) et *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (Allemagne), 21 mars 1996 (CLOUT n° 166; CISG-online n° 187), consid. C.I.8b, notamment consid. C.I.8b.cc, et consid. C.I.8c. Cf. également Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (Fédération de Russie), 16 mars 1995 (cause n° 155/1994; CLOUT n° 140; CISG-online n° 205); ainsi que SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 29 *ad* art. 79 CVIM: « At the end the issue is hardly of any practical importance ».

### 1.3.5. Les effets

218. On analysera d'abord quel est l'effet libératoire sur l'obligation inexécutée (A.), ensuite on traitera de l'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations qui lie les parties (B.) et, enfin, de l'obligation d'avertir pour le débiteur exonéré de responsabilité (C.).

#### A. *L'effet libératoire sur l'obligation inexécutée*

219. Si les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées, **le débiteur est exonéré de sa responsabilité.**<sup>336</sup>

220. **L'effet libératoire n'est que partiel** si seule une partie de la prestation due par le débiteur n'a pas été fournie en raison de l'empêchement. HONNOLD relève que l'idée d'une application au *pro rata*, notamment en cas d'inexécution partielle, est présente dans la Convention à l'art. 51 al. 1 CVIM et qu'il n'y a pas de raisons pour qu'elle ne soit pas pertinente pour l'art. 79 CVIM<sup>337</sup>.

221. **L'art. 79 al. 3 CVIM** limite l'effet libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM à la durée de l'empêchement qui justifie l'exonération : le débiteur n'est exonéré de sa responsabilité que **tant que l'empêchement dure**<sup>338</sup>.

222. **L'art. 79 al. 5 CVIM** précise un autre aspect limitant l'effet libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM : le débiteur est libéré uniquement du paiement de dommages-intérêts selon les art. 74 ss CVIM.

223. Cette règle révèle une **attitude prudente des auteurs de la Convention**. La réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM n'a, *a priori*<sup>339</sup>, pas de conséquences sur les moyens autres que l'action en réparation du dommage. Mais on forcerait la logique de l'art. 79 al. 5 CVIM, si on interprétait le texte de cette disposition *a contrario*, dans le sens qu'elle affirme que le créancier est effectivement en droit de se prévaloir de tous les autres moyens prévus par la Convention lorsque les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées.

224. En particulier, l'art. 79 al. 5 CVIM n'indique pas que le créancier insatisfait peut agir en exécution réelle même si les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies. Bien au contraire, comme l'admet la doctrine majoritaire,

<sup>336</sup> S'agissant de l'effet libératoire par rapport à l'obligation inexécutée selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE), cf. le paragraphe III.1.4.4.A., p. 297, N 858 ss.

<sup>337</sup> HONNOLD, § 435.2, p. 491. Dans le même sens, par exemple, MAGNUS, N 51 *ad* art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 43 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>338</sup> CNUDCI, N 3 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>339</sup> De manière similaire SCHWENZER emploie l'adverbe « *grundsätzlich* » (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ALLEMAND)-SCHWENZER, N 52 *ad* art. 79 CVIM).

**L'action en exécution réelle est exclue** en cas d'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, imprévisible et insurmontable selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, tant que l'empêchement dure (art. 79 al. 3 CVIM)<sup>340</sup>.

*B. L'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations (art. 79 al. 5 CVIM)*

225. L'art. 79 al. 5 CVIM sous-entend que **l'accord entre les parties n'est pas (directement) affecté** par la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM.<sup>341</sup>

226. En particulier, **le contrat ne prend pas fin ipso iure**. Ainsi, le débiteur reste tenu par l'obligation inexécutée et le créancier de fournir la contrepartie promise<sup>342</sup>. Cependant, la Convention prévoit des droits formateurs qui permettent au créancier insatisfait de modifier unilatéralement la situation juridique. Il peut notamment « déclarer le contrat résolu » (art. 49 et 64 CVIM) ou, en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, « réduire le prix » (art. 50 CVIM). Il faut évidemment que les conditions de ces droits soient remplies.

227. Il résulte de ce qui précède que, dans le système de la Convention, il n'est pas nécessaire de distinguer entre **empêchement temporaire et empêchement définitif**, étant donné que, *mutatis mutandis*, les deux entraînent les mêmes effets<sup>343</sup>. On notera également que, si le créancier insatisfait n'a pas entretemps déclaré le contrat résolu selon les art. 49 ou, respectivement, 64 CVIM, dès que l'obstacle à une bonne exécution disparaît, le débiteur est à nouveau tenu de fournir la prestation due et il n'est libéré que de l'indemnisation du dommage que le créancier a subi suite au retard dans l'exécution<sup>344</sup>.

*C. L'obligation d'avertir (art. 79 al. 4 CVIM)*

228. Dans l'idée de faciliter l'exercice des droits formateurs mentionnés dans le paragraphe précédent (I.1.3.5.B., N 225 ss), **l'art. 79 al. 4 phr. 1 CVIM**

---

<sup>340</sup> Pour plus de développements à ce sujet, cf. notamment PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1792 ss avec réf. ; ainsi que, par exemple, BRUNNER, N 41 *ad* art. 79 CVIM, et HONNOLD, § 435.5. Cf. également Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1992 (cause n° 7197/1992 ; CLOUT n° 104 ; CISG-online n° 36).

<sup>341</sup> S'agissant de l'effet sur le rapport d'obligations de la survenance d'un cas de force majeure selon les réglementations, similaires, des Principes (art. 7.1.7 par. 4 PU et 8:101 al. 2 PE), cf. le paragraphe III.1.4.4.B., p. 300, N 866 ss.

<sup>342</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 51 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1806.

<sup>343</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1681.

<sup>344</sup> Cf., par exemple, HONNOLD, § 435.1, p. 490, et KELLER/SIEHR, p. 220.

prévoit l'obligation (accessoire) pour le débiteur d'«avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter.»<sup>345</sup>

229. **Cette obligation doit être traitée comme toute autre obligation** prévue par la Convention. Elle a été codifiée à l'art.79 al.4 CVIM simplement parce qu'elle est étroitement liée à la problématique de l'exonération du débiteur en cas de contravention à une autre obligation. La situation juridique présente notamment les caractéristiques suivantes.

230. Ainsi, l'inexécution au sens large de cette obligation n'affecte pas l'effet libératoire de l'art.79 al.1 et 2 CVIM par rapport à l'obligation (autre) dont l'exécution est empêchée; mais **le débiteur doit réparer le dommage** que le créancier subit du fait que ce dernier n'a pas été averti «dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement» (art.79 al.4 phr.2 CVIM)<sup>346</sup>.

231. **Le créancier perd le droit à la réparation de ce dommage** s'il a connaissance de l'empêchement: l'inexécution au sens large de l'obligation prévue par l'art.79 al.4 phr.1 CVIM n'est alors pas une cause pertinente du préjudice économique<sup>347</sup>.

232. De même, **le débiteur est exonéré de la responsabilité** si l'inexécution au sens large de l'obligation prévue par l'art.79 al.4 phr.1 CVIM est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, imprévisible et insurmontable au sens de l'art.79 al.1 et 2 CVIM, tant que l'empêchement dure (art.79 al.3 CVIM)<sup>348</sup>.

### 1.3.6. Le fardeau de la preuve

233. Conformément à la lettre de la Convention, **le débiteur** supporte le fardeau de la preuve que les conditions de l'art.79 al.1 et 2 CVIM sont réalisées<sup>349</sup>.

<sup>345</sup> Cf., par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1812 avec réf., et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 49 *ad* art.79 CVIM avec réf. S'agissant de l'obligation d'avertir le créancier de la survenance d'un empêchement selon les réglementations, similaires, des Principes (art.7.1.7 par.3 PU et 8:108 al.3 PE), cf. le paragraphe III.1.4.4.C., p.301, N 871 ss.

<sup>346</sup> CNUCDI, N 3 *ad* art.79 CVIM; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 50 *ad* art.79 CVIM; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.43, p.790; PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1812.

<sup>347</sup> Dans le même sens, par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 50 *ad* art.79 CVIM, et MAGNUS, N 45 *ad* art.79 CVIM. Pour ce qui concerne les conditions de la prétention en réparation du dommage en général, cf. le paragraphe I.1.2.1.A., p.37, N 104 ss.

<sup>348</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 50 *ad* art.79 CVIM avec réf., et ACHILLES, N 13 *ad* art.79 CVIM.

<sup>349</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 54 *ad* art.79 CVIM; MAGNUS, N 66 *ad* art.79 CVIM avec réf.; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41, p.787, et § 235.41c, p.789. Cf. également Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (Fédération de Russie), 16 mars 1995 (cause n° 155/1994; CLOUT n° 140; CISG-



234. En revanche, comme pour toute autre obligation<sup>350</sup>, c'est **le créancier**, et non le débiteur, qui supporte, en principe, le fardeau de la preuve qu'il n'a pas obtenu de bonne exécution de l'obligation prévue à l'art. 79 al. 4 phr. 1 CVIM<sup>351</sup>.

## 2. Caractéristiques de la réglementation

235. Les caractéristiques de la réglementation de la Convention ont déjà été **présentées, en large partie, dans le chapitre qui précède** (I.1., N 63 ss). Par exemple, il a été relevé que la Convention est très largement autonome et que ses auteurs ont voulu notamment qu'elle soit la plus indépendante possible par rapport aux lois intérieures des pays qui y sont parties<sup>352</sup>. De même, on a vu que les parties au contrat peuvent déroger à presque toutes les règles de droit de la Convention, en particulier que le système sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations est complètement subsidiaire à ce que les parties ont prévu<sup>353</sup>.

236. Le **but de ce chapitre** n'est pas de revenir systématiquement sur tous les éléments caractéristiques de la réglementation. Il s'agit, plutôt, de mettre en évidence, le plus souvent de manière synthétique, les caractéristiques intéressant une réflexion sur la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires et sur le système bipartite du droit interne suisse. Autrement dit, ce qui suit est une synthèse des éléments de la Convention qu'il est intéressant de souligner en vue de l'analyse comparative.

237. Pour ce faire, **dans ce chapitre** on se concentrera d'abord sur le régime de la responsabilité du débiteur prévu par la Convention (I.2.1.) et ensuite sur les caractéristiques de l'imputation aux parties au contrat du fait d'autrui (I.2.2.).

---

online n° 205); *Tribunale di Vigevano* (Italie), 12 juillet 2000 (cause n° 405; CLOUT n° 378; CISG-online n° 493).

<sup>350</sup> Sur le fardeau de la preuve des conditions de l'action en réparation du dommage, cf. le paragraphe I.1.2.1.A., notamment N 105.

<sup>351</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 66 *ad* art. 79 CVIM avec réf., et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 54 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>352</sup> Sur le caractère autonome de la Convention, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 60.

<sup>353</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger au système de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65.

## 2.1. Caractéristiques de la responsabilité du débiteur

238. Dans ce sous-chapitre, **quatre** caractéristiques de la responsabilité du débiteur **seront approfondies**, en vue de l'analyse comparative avec le droit interne suisse.

239. En revanche, **une autre caractéristique peut simplement être rappelée**, sans qu'il soit nécessaire d'y revenir, étant donné qu'elle a déjà été relevée dans le chapitre précédent (I.1., N 63 ss), lorsque la réglementation de la Convention a été décrite. En effet, en particulier lors de l'analyse du champ d'application des art. 74 à 77 et de l'art. 79 CVIM<sup>354</sup>, on a vu que le régime qui régit la réparation du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur est unique, dans le sens qu'un seul et même régime s'applique, indépendamment de la cause, la forme, la gravité de l'inexécution et quelle que soit l'obligation violée ou la prestation due<sup>355</sup>.

### 2.1.1. Une formulation détaillée

240. On mettra d'abord en évidence le contexte dans lequel la Convention opère, qui justifie que les règles de droit soient formulées de la manière la plus explicite possible (A.); ensuite, on précisera quelles sont les explicitations, certes utiles mais non indispensables, contenues à l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM (B.); enfin, on proposera une relecture de l'art. 79 al. 1 CVIM qui tienne compte de ce qui aura précédé (C.).

#### A. *L'utilité d'une formulation détaillée*

241. L'art. 79 al. 1 CVIM énonce trois conditions dont l'exonération au sens de cette disposition présuppose la réalisation<sup>356</sup>. En particulier, il exige que la survenance de l'empêchement ne soit, objectivement et compte tenu des circonstances, pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat pour le commerçant diligent<sup>357</sup>. Or, bien qu'il soit effectivement nécessaire que cette condition soit remplie pour que le débiteur ne réponde pas du dommage résultant de l'inexécution au sens large (à moins que les parties au contrat aient prévu autre chose), il ne s'agit pas d'une véritable exigence posée par l'art. 79 al. 1 CVIM, parce qu'elle résulte déjà du contrat conclu par les

<sup>354</sup> Sur le champ d'application des art. 74 à 77 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100. S'agissant du champ d'application de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.2., p. 51, N 146 ss.

<sup>355</sup> Dans le même sens JANSER, p. 8 s.

<sup>356</sup> Concernant les conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3., p. 56, N 164 ss.

<sup>357</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 180.

parties interprété en conformité avec l'art. 8 al. 2 CVIM<sup>358</sup>. A première vue, il peut paraître étrange que les auteurs de la Convention aient repris à l'art. 79 al. 1 CVIM une exigence qui résulte déjà d'une autre disposition. En réalité, une telle répétition est compréhensible si on considère **le contexte dans lequel la Convention opère**.

242. Le champ d'application géographique de la Convention comprend des Etats de tous les continents. En même temps, elle est interprétée et appliquée par les tribunaux sans que ces derniers soient soumis à une juridiction de contrôle supranationale. Le risque d'interprétations divergentes est donc important<sup>359</sup>. Par ailleurs, les auteurs de la Convention ont voulu que la réglementation soit la plus indépendante possible<sup>360</sup>. Dès lors, à côté des autres mesures adoptées pour atteindre cet objectif (notamment les règles autonomes de l'art. 7 CVIM pour interpréter la Convention et en combler les lacunes), il doit avoir paru (consciemment ou inconsciemment) prudent et utile de **formuler les règles de droit de la manière la plus explicite possible**. Cette attitude a parfois conduit à ce qu'un texte rappelle, explicite ou confirme des normes prévues ailleurs dans la Convention à l'endroit où une certaine question est expressément traitée, en raison de la pertinence de celles-là pour résoudre celle-ci.

**Exemple:** Art. 79 CVIM mis à part, d'autres dispositions témoignent de l'intention de formuler le contenu de la Convention de la manière la plus explicite possible. Dans cette étude, on a vu que les art. 75 et 76 CVIM ne font que compléter l'art. 74 CVIM et en concrétiser la règle pour des situations particulières<sup>361</sup>.

## B. *La cas particulier de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM*

243. L'intention d'énoncer le contenu matériel de la Convention de la manière la plus explicite possible est **particulièrement perceptible à l'art. 79 al. 1 CVIM**.

**Exemple 1 :** L'art. 79 al. 1 CVIM précise qu'il faut que, objectivement et compte tenu des circonstances, on ne puisse raisonnablement attendre de la part du débiteur que, en tant que commerçant diligent, il prévienne l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci. Or, tout obstacle à une bonne exécution hors de la sphère d'influence du débiteur a, par définition, cette qualité<sup>362</sup>. Dès

---

<sup>358</sup> A propos du rapport entre le caractère imprévisible de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat et l'art. 8 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 178 s.

<sup>359</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1377.

<sup>360</sup> Sur le caractère autonome de la Convention, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 60.

<sup>361</sup> A propos du rapport entre les art. 75 et 74 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.B., notamment N 117 ; à propos de celui entre les art. 76 et 74 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.C., notamment N 121.

<sup>362</sup> Sur le rapport entre l'inévitabilité d'un empêchement (et des conséquences de celui-ci) et le caractère « hors de la sphère d'influence du débiteur » du même empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.C., notamment N 183.

lors, l'exigence mentionnée n'est pas vraiment une condition supplémentaire de l'exonération : il s'agit plutôt d'un élément qui contribue à déterminer si l'empêchement est effectivement hors de la sphère d'influence du débiteur.

**Exemple 2 :** De même, l'art. 79 al. 1 CVIM exige que, objectivement et compte tenu des circonstances, on ne puisse raisonnablement attendre de la part du débiteur que, en tant que commerçant diligent, il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci. Ici également, il ne s'agit pas d'une véritable condition supplémentaire de l'exonération, mais plutôt d'une précision quant au lien de causalité qui doit exister entre l'obstacle à une bonne exécution et l'inexécution au sens large : seul un empêchement qui soit raisonnablement insurmontable, et dont les conséquences sont raisonnablement insurmontables, peut être une cause pertinente de l'inexécution, susceptible d'exonérer le débiteur de sa responsabilité<sup>363</sup>.

244. **L'art. 79 al. 2 CVIM également ne fait qu'expliciter** la règle de l'art. 79 al. 1 CVIM pour une situation particulière, soit celle dans laquelle le débiteur charge une tierce personne (dépendante ou indépendante) d'exécuter l'une de ses obligations et que le créancier n'obtient pas de bonne exécution de la prestation due<sup>364</sup>.

245. On peut avancer **au moins deux raisons spécifiques**, pour expliquer toutes ces précisions et la formulation particulièrement étendue de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM.

246. Premièrement, une partie du Groupe de travail chargé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de préparer le projet de convention était **très critique envers l'art. 74 LUVI** (soit la disposition de la Convention de La Haye sur la vente internationale des objets mobiliers corporels de 1964 qui traite de la même problématique et qui sert de base à l'élaboration de l'art. 79 CVIM) : elle estimait que l'art. 74 LUVI n'est pas suffisamment sévère envers le débiteur<sup>365</sup>.

247. En plus, indépendamment de ce premier aspect, dans le Groupe de travail **les conceptions étaient discordantes** quant au contenu de la disposition *in fieri*. On procéda alors en essayant de prendre en compte tous les avis, de sorte que l'art. 79 CVIM est plutôt le résultat d'une série de juxtapositions que le fruit

<sup>363</sup> A propos du rapport entre l'insurmontabilité d'un empêchement (et des conséquences de celui-ci) et le lien de causalité entre ce même empêchement et l'inexécution au sens large, cf. le paragraphe I.1.3.3. C., notamment N 187.

<sup>364</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>365</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM-STOLL, N 1 *ad* art. 79 CVIM, et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1684 avec réf. En particulier, l'art. 74 al. 1 LUVI prévoit ce qui suit : « Lorsqu'une partie n'a pas exécuté une de ses obligations, elle n'est pas responsable de cette inexécution si elle prouve que celle-ci est due à des circonstances que, d'après les intentions des parties lors de la conclusion du contrat, elle n'était tenue ni de prendre en considération, ni d'éviter ou de surmonter ; à défaut d'intention des parties, il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique. »

d'une approche univoque et structurée (parfois même, pendant la Conférence diplomatique de Vienne – où la Convention fut adoptée – les discussions concernant l'art. 79 CVIM furent confuses et perturbées par des malentendus)<sup>366</sup>.

248. On a ainsi voulu, par **une formulation particulièrement développée**, s'assurer que le régime de responsabilité soit plus sévère envers le débiteur que celui de la Convention de La Haye et, en même temps, offrir une réglementation qui soit ample et acceptable par tous les participants à la Conférence diplomatique.

C. *Une relecture de l'art. 79 al. 1 CVIM distinguant le contenu original des simples explicitations*

249. **Le souci d'exhaustivité** des auteurs de la Convention, qui a parfois impliqué que, en explicitant, concrétisant ou précisant, on adoptât des normes qui sous certains aspects ne font que répéter le contenu d'autres règles de droit de la Convention, **facilite l'application de la réglementation**.

250. **Mais il faut savoir reconnaître ces répétitions** pour ne pas leur donner une portée qui dépasse leur raison d'être (et qui, par conséquent, pourrait nuire à l'unité globale de la Convention elle-même).

251. A la lumière des paragraphes précédents (I.2.1.1.A., N 241 s., et I.2.1.1.B., N 243 ss), **l'art. 79 al. 1 CVIM peut être paraphrasé de la manière suivante**<sup>367</sup>:

- *Le débiteur ne répond pas du dommage résultant de l'inexécution au sens large de l'une quelconque de ses obligations s'il prouve que, objectivement et compte tenu des circonstances, cette inexécution est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, en tant que commerçant diligent ;*
- *En particulier, un empêchement ne peut être hors de la sphère d'influence du débiteur – et susceptible d'exonérer ce dernier de sa responsabilité – que si sa survenance n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat, et qu'on ne peut raisonnablement attendre de la part du débiteur qu'il préviene ni surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci.*

## 2.1.2. Une responsabilité objective, quoique limitée

252. On soulignera d'abord la nature objective de la responsabilité du débiteur (A.). On relèvera ensuite que cette dernière n'est, néanmoins, pas absolue (B.).

---

<sup>366</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM-STOLL, N 1 ss *ad* art. 79 CVIM, et LAUTENBACH, p. 17 s.

<sup>367</sup> Pour une paraphrase des conditions de l'exonération due à la force majeure tenant compte également des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.2.2.1.A., notamment N 922.

253. C'est notamment en raison de ces caractéristiques que la doctrine en langue allemande parle d'une « modifizierte Erfolgshaftung »<sup>368</sup>, ou d'une « durch Verschuldenselemente modifizierte Garantiehaftung »<sup>369</sup>.

#### A. Une responsabilité objective

254. Tant l'inexécution au sens large d'une obligation, que les conditions de l'exonération au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont jugées selon un critère objectif<sup>370</sup>. **Aucune référence n'est faite à la faute** (subjective) du débiteur ou des tiers dont il répond<sup>371</sup>.

255. Les premières versions du projet d'article devenu par la suite l'art. 79 CVIM actuel prévoyaient notamment que le débiteur n'était libéré de sa responsabilité que s'il prouvait son absence de faute. Par la suite, le Groupe de travail décida de supprimer toute référence à l'exigence de l'absence de faute. En particulier, on invoqua à l'appui de cette décision le fait que **dans le projet la faute était de toute façon définie en termes objectifs**, ce qui rendait la référence à son absence superflue.<sup>372</sup>

256. Etant donné que les droits résultant de l'inexécution au sens large prévus par la Convention, notamment l'action en dommages-intérêts, ne présupposent pas de faute (subjective) de l'auteur de la contravention, on considère que **le débiteur garantit de fournir la prestation**<sup>373</sup> et que **sa responsabilité est objective**<sup>374</sup>.

#### B. Une responsabilité avec des limites

257. Néanmoins, d'après la Convention, la garantie de fournir la prestation et la responsabilité du débiteur **ne sont pas absolues**<sup>375</sup>. Ainsi, l'art. 80 CVIM prévoit que, à certaines conditions, le créancier est déchu des droits résultant

<sup>368</sup> Cf. KRÜGER, p. 68.

<sup>369</sup> JANSEN, p. 51.

<sup>370</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe I.1.2.1. B, notamment N 108. Sur le critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>371</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1689, et KELLER/SIEHR, p. 160.

<sup>372</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM-STOLL, N 3 ad art. 79 CVIM avec réf., et PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1685 avec réf.

<sup>373</sup> *Handelsgericht des Kantons Zürich*, 10 février 1999 (cause n° HG970238.1 ; CLOUT n° 331 ; CISG-online n° 488), consid. 3.2d.aa ; dans le même sens déjà PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1600 avec réf.

<sup>374</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1484.

<sup>375</sup> Dans le même sens, par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1600 ss, et BIANCA-PONZANELLI, N 1 ad art. 79 CVIM, p. 311.

de l'inexécution au sens large<sup>376</sup>. De même, s'agissant spécifiquement de l'obligation de réparer le dommage, le débiteur en est exonéré si les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées<sup>377</sup>.

### 2.1.3. Une exonération possible, bien que difficile

258. On relèvera d'abord que l'exonération prévue par l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM constitue techniquement une preuve libératoire à la disposition du débiteur (A.); ensuite, on mettra en évidence l'inévitable et même souhaitable flexibilité du régime de responsabilité (B.) et, enfin, la sévérité avec laquelle on admet l'exonération (C.).

#### A. Une preuve libératoire à la disposition du débiteur

259. L'art. 79 al. 1 et 2 CVIM est le **contrepois nécessaire à une responsabilité indépendante de toute faute** (subjective) du débiteur ou des tierces personnes dont il répond<sup>378</sup>.

260. Il n'est pas question d'une disculpation au sens étymologique du terme, parce que l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM ne se réfère pas à l'absence de faute (subjective)<sup>379</sup>. En revanche, il s'agit bien d'une **preuve libératoire**, puisque le débiteur est exonéré de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une de ses obligations s'il prouve que les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies.

#### B. La flexibilité du régime

261. La pierre angulaire concernant la réalisation des conditions de l'exonération est constituée par ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant raisonnable et diligent dans la même situation<sup>380</sup>. En particulier, tant l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat, que l'insurmontabilité de l'obstacle à une bonne exécution et des conséquences de celui-ci sont jugés selon ce critère<sup>381</sup>. On retrouve dans ce cri-

---

<sup>376</sup> S'agissant de l'art. 80 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.1., p. 23, N 66 ss.

<sup>377</sup> Dans le même sens SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, p. 565. Cf. également le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss.

<sup>378</sup> Cf., par exemple, KELLER/SIEHR, p. 219, et MAGNUS, N 1 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>379</sup> Dans le même sens KELLER/SIEHR, p. 160.

<sup>380</sup> A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 141.

<sup>381</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 180. Sur l'appréciation du caractère insurmontable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe I.1.3.3.C., notamment N 188.

tère l'idée d'une faute objective, qui selon PICHONNAZ « coexiste avec la responsabilité pour inexécution »<sup>382</sup>.

262. Cela dit, quel est l'intérêt de ce constat ? On a vu que l'une des raisons qu'on invoqua à l'appui de la décision de supprimer toute référence à l'exigence de l'absence de faute dans le projet d'article devenu par la suite l'art. 79 CVIM actuel fut que, comme la faute était de toute manière définie en termes objectifs, se référer à son absence était superflu<sup>383</sup>. En effet, se rapporter à la faute ou à son absence n'a de véritable portée que si elle est définie en termes subjectifs : parler de faute objective ou de responsabilité objective est principalement une manière de souligner qu'on ne se réfère pas à la faute subjective ; **encore faut-il alors préciser le critère qu'on applique matériellement**. Sous cet angle, il est donc relativement peu intéressant d'affirmer que l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM exige implicitement une absence de faute objective.

263. Cependant, relever cet élément est intéressant d'un autre point de vue. Le fait que l'exigence d'un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur sous-entend celle d'une absence de faute objective **met en évidence le caractère relatif du critère** selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM. Autrement dit, il confirme qu'il n'est pas possible d'admettre une fois pour toutes que tel ou tel obstacle est hors de la sphère d'influence du débiteur, mais qu'il faut, au contraire, juger des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM *in concreto*<sup>384</sup>.

264. Principalement, il n'est pas possible d'affirmer une fois pour toutes que tel ou tel empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur parce que cette dernière **dépend fortement de ce que les parties au contrat ont convenu**<sup>385</sup>. On a vu, par exemple, qu'en définissant leurs obligations respectives, les parties contribuent à déterminer également le cercle des personnes dont chacune d'entre elles répond<sup>386</sup>. De même, si une partie contracte sans réserves, dans des circonstances ordinaires elle assume conventionnellement le risque de la survenance de tout empêchement qui est raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat<sup>387</sup>. D'ailleurs, l'art. 79 CVIM reconnaît de manière générale l'importance du contrat en matière d'exonération, en fixant

<sup>382</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1752, ainsi que N 1689. Dans le même sens, par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1690, et SCHLECHTRIEM-STOLL, N 9 *ad* art. 79 CVIM, n. 37 avec réf.

<sup>383</sup> Sur la suppression de l'exigence de l'absence de faute dans le projet d'article devenu par la suite l'art. 79 CVIM actuel, cf. le paragraphe I.2.1.2.A., notamment N 255.

<sup>384</sup> Cf., par exemple, PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1691, et HONNOLD, § 432.1, p. 483.

<sup>385</sup> Dans le même sens CNUCDI, N 6 *ad* art. 79 CVIM ; ainsi que CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41b, p. 788.

<sup>386</sup> A propos de l'influence du contrat sur le cercle des personnes dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 202.

<sup>387</sup> Sur les événements dont la personne qui contracte sans réserves assume le risque de la survenance, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 178.



une limite à la responsabilité du débiteur qui correspond idéalement à la volonté hypothétique de parties raisonnables et honnêtes dans des circonstances usuelles<sup>388</sup>.

265. Il est incontournable que la responsabilité du débiteur dépend de ce que les parties au contrat ont convenu : en effet, nier cette corrélation signifierait renoncer à la primauté de leur volonté sur les règles supplétives de la Convention, prévue par l'art. 6 CVIM. **La flexibilité du régime est inévitable et même souhaitable**, si on tient au principe de la liberté contractuelle.

### C. *La sévérité du régime*

266. Malgré la flexibilité du régime mise en évidence dans le paragraphe précédent (I.2.1.3.B., N 261 ss), la responsabilité du débiteur est caractérisée par **une constante : la sévérité avec laquelle on admet l'exonération**<sup>389</sup>. En effet, la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM constitue une exception au principe selon lequel le débiteur doit indemniser le créancier du dommage résultant de l'inexécution au sens large de l'une quelconque de ses obligations et, comme pour toute exception, il faut en interpréter les conditions strictement<sup>390</sup>. En particulier, l'exonération est difficile en raison des exigences matérielles qui doivent être remplies et notamment du fait qu'un empêchement n'est susceptible d'exonérer le débiteur de sa responsabilité que si on ne peut raisonnablement attendre de la part de ce dernier qu'il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci<sup>391</sup>. La formulation particulièrement détaillée de la preuve libératoire témoigne de la fermeté avec laquelle on a voulu un régime qui soit très exigeant envers le débiteur<sup>392</sup>.

**Exemple :** Etant donné le caractère relatif du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>393</sup>, on ne peut pas logiquement exclure une fois pour toutes que le débiteur puisse être exonéré de sa responsabilité dans des situations où la prestation demeure en soi possible mais au prix d'efforts excessifs<sup>394</sup>. Toutefois, le régime est d'une sévérité telle que, de fait, tout juge rejettera que la seule « situation difficile » (exorbitance) peut être un empê-

---

<sup>388</sup> Concernant la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>389</sup> Cf. CNUCIDI, N 7 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>390</sup> Sur l'approche stricte selon laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 139.

<sup>391</sup> A propos de la sévérité du régime de responsabilité qui résulte du fait d'exiger l'insurmontabilité de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe I.1.3.3.C., notamment N 186.

<sup>392</sup> Sur les raisons de la formulation particulièrement détaillée de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.1.B., notamment N 248.

<sup>393</sup> A propos du caractère relatif du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 263.

<sup>394</sup> De cet avis PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1753.

chement hors de la sphère d'influence du débiteur, sans même qu'il sente le besoin d'une analyse approfondie des circonstances<sup>395</sup>.

### 2.1.4. Un manque d'intelligibilité immédiate

267. Si le régime qui régleme la réparation du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur est unique<sup>396</sup>, les cas d'inexécution auxquels ce seul et même régime s'applique peuvent être très différents les uns des autres. Or, l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM est, certes, caractérisé par une formulation particulièrement détaillée<sup>397</sup>; mais, puisque son champ d'application est très large et diversifié, il fait appel à des concepts plutôt indéterminés, tels que la sphère d'influence du débiteur, ou l'imprévisibilité, l'inévitabilité et l'insurmontabilité de l'empêchement. En plus, le critère selon lequel on juge des conditions de la preuve libératoire étant relatif<sup>398</sup>, l'exonération est fondamentalement une question de degrés, comme l'indique en particulier la référence à ce qu'on peut « raisonnablement » attendre de la part du débiteur. Ainsi, puisque tout empêchement se révèle *a posteriori* plus ou moins prévisible, savoir si un commerçant raisonnable, dans la même situation que le débiteur, aurait pris ou non en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat dépend du degré de prévisibilité<sup>399</sup>. Il en résulte que le plus souvent il est **difficile, à la simple lecture de l'art. 79 CVIM, de prévoir** dans quelles circonstances concrètes on admettra l'exonération, ainsi que quelles en seront les conséquences<sup>400</sup>.

268. HONNOLD notamment considère que cela est un problème et que l'art. 79 CVIM pourrait être la partie la moins réussie d'un demi-siècle de travail en vue de l'unification du droit privé; il suggère, dès lors, que les contrats soient rédigés de manière scrupuleuse et détaillée, pour que les transactions commerciales soient réglées sans référence au droit dispositif<sup>401</sup>.

<sup>395</sup> Cf. *Tribunale Civile di Monza* (Italie), 14 janvier 1993 (cause n° R. G. 4267/88; CLOUT n° 54; CISG-online n° 102).

<sup>396</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239.

<sup>397</sup> S'agissant de la formulation particulièrement détaillée de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.1.B., p. 84, N 243 ss.

<sup>398</sup> A propos du caractère relatif du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 263.

<sup>399</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 180.

<sup>400</sup> Dans le même sens MAGNUS, N 9 *ad* art. 79 CVIM; HONNOLD, § 429, p. 481; BIANCA-PONZANELLI, N 3 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>401</sup> HONNOLD, § 432.1, p. 483 s.

269. Tout compte fait, cette défiance à l'égard de l'art. 79 CVIM n'est pas justifiée<sup>402</sup>. En effet, l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM indique en tout cas une chose très clairement : le régime est très exigeant envers le débiteur et l'exonération ne peut être admise qu'exceptionnellement<sup>403</sup>. Cette règle de méthode simplifie amplement la tâche du juge appelé à se prononcer sur un différend, parce qu'elle lui donne une marche à suivre. Dès lors, le résultat de l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM est, **en pratique, beaucoup plus prévisible** que ce qu'on pourrait croire à première vue. Le plus souvent, l'effet libératoire ne se produira pas<sup>404</sup>.

270. En outre, l'art. 79 CVIM n'est pas plus mauvais que la plupart des législations nationales<sup>405</sup> et, grâce à sa flexibilité, la réglementation réussit à **prendre en compte les éléments justifiant des différences de traitement**<sup>406</sup>. Par conséquent, on peut douter que les parties au contrat doivent déroger à la réglementation de la Convention pour que le régime de la responsabilité soit équitable. L'apport du contrat doit être, plutôt, celui d'indiquer quel est le partage des risques que les parties ont convenu, de sorte que le juge puisse s'y référer dans le cadre de l'application des dispositions de la Convention (notamment de l'art. 79 CVIM).

271. Mais, bien que, à la lumière de ce qui précède, on ne puisse pas vraiment dire que la réglementation n'est pas claire, il y a un aspect de l'art. 79 CVIM peu heureux : son **manque d'intelligibilité immédiate**.

272. En raison de celui-ci, la doctrine consacre souvent beaucoup d'énergie à présenter, de manière casuistique, quel est le résultat de l'application de l'art. 79 CVIM<sup>407</sup>. Même s'il ne s'agit que de survols descriptifs, ces casuistiques sont vraisemblablement très utiles pour le justiciable. Sous cet angle, **l'apport de la doctrine, et de la jurisprudence, est très important**.

273. On peut se demander si, selon une même approche pragmatique, les auteurs de la Convention n'auraient pas dû, non seulement énoncer les règles de droit de l'art. 79 CVIM, mais également les **concrétiser** en traitant explicitement de quelques cas particulièrement intéressants pour le praticien, afin que

---

<sup>402</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1835.

<sup>403</sup> Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

<sup>404</sup> Concernant l'effet libératoire de l'art. 79 CVIM par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., p. 77, N 219 ss.

<sup>405</sup> WINSHIP, *Changing*, p. 550.

<sup>406</sup> S'agissant de la flexibilité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., p. 88, N 261 ss.

<sup>407</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 9 et 18 ss *ad* art. 79 CVIM, et SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 15 ss *ad* art. 79 CVIM.

le résultat de l'application de la disposition soit plus visible à la lecture du texte de la Convention.

274. L'art. 79 al. 2 CVIM représente, d'ailleurs, un **pas en cette direction**, étant donné qu'il ne fait que concrétiser l'art. 79 al. 1 CVIM pour l'hypothèse particulière où un tiers est chargé d'exécuter tout ou partie du contrat<sup>408</sup>.

## 2.2. Caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui

275. Dans ce sous-chapitre, **deux éléments** caractérisant l'imputation du fait d'autrui dans la Convention **seront approfondis**, en vue de l'analyse comparative avec le droit interne suisse.

### 2.2.1. Une imputation implicite en matière de responsabilité

276. On montrera d'abord que la réglementation de la Convention en matière de responsabilité impute implicitement au débiteur le fait du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là (A.). On relèvera ensuite que la responsabilité du fait d'autrui et les autres cas de responsabilité sont tous distingués des situations dans lesquelles le débiteur ne répond pas du dommage par une norme générale et unique : l'art. 79 al. 1 CVIM (B.).

#### A. *L'imputation implicite du fait d'autrui*

277. La réglementation en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation peut être **résumée de la manière suivante**. En vertu des art. 45 al. 1 let. b et 61 al. 1 let. b CVIM, si le vendeur ou, respectivement, l'acheteur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant du contrat de vente ou de la Convention, le cocontractant est fondé à « demander les dommages-intérêts prévus aux art. 74 à 77. » En particulier, d'après l'art. 74 phr. 1 CVIM, les « dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. » Mais, exceptionnellement, le débiteur ne répond pas du dommage, s'il prouve que, objectivement et compte tenu des circonstances, l'inexécution au sens large est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, en tant que commerçant diligent (art. 79 al. 1 CVIM)<sup>409</sup>. L'art. 79 al. 2 CVIM clarifie à quelles conditions tel est le cas lorsque

<sup>408</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>409</sup> Concernant l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss.

le débiteur charge une tierce personne (dépendante ou indépendante) d'exécuter l'une de ses obligations et que le créancier n'obtient pas de bonne exécution de la prestation due<sup>410</sup>.

278. A la lecture de la synthèse qui précède, on remarque que l'hypothèse dans laquelle un tiers participe à l'exécution d'une obligation du débiteur de par la volonté de celui-ci et que le créancier n'obtient pas de bonne exécution n'est expressément envisagée qu'à l'art. 79 al. 2 CVIM. Or, l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM prévoit une preuve libératoire : il détermine dans quelle situation le débiteur est, exceptionnellement, exonéré de sa responsabilité<sup>411</sup>. En particulier, l'art. 79 al. 2 CVIM explicite à quelles conditions ce dernier est, exceptionnellement, libéré de la responsabilité dans l'hypothèse susmentionnée. Il en résulte que le régime est tel que, en principe, le débiteur doit également indemniser le créancier lorsque l'inexécution au sens large a été causée par les agissements d'une tierce personne qu'il a précédemment chargée d'accomplir la prestation due. On en déduit la caractéristique suivante de la réglementation : **le fait du tiers** qui participe à l'exécution d'une des obligations du débiteur de par la volonté de celui-ci **est implicitement imputé** à ce dernier<sup>412</sup>.

279. Dès lors, il faut comprendre les expressions « si le vendeur n'a pas exécuté »<sup>413</sup> (art. 45 al. 1 let. b CVIM), « si l'acheteur n'a pas exécuté »<sup>414</sup> (art. 61 al. 1 let. b CVIM), « contravention au contrat commise par une partie »<sup>415</sup> (art. 74 phr. 1 CVIM) dans **un sens large**, qui embrasse toutes les causes de l'inexécution qui, objectivement et compte tenu des circonstances, ne sont pas hors de la sphère d'influence du débiteur au sens de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, y compris, le cas échéant, le fait d'autrui.

### *B. L'art. 79 al. 1 CVIM en tant que norme générale et unique*

280. Les art. 45 al. 1 let. b, 61 al. 1 let. b, 74 phr. 1 CVIM ne posent aucune limite à la responsabilité du débiteur : si le créancier n'obtient pas la prestation qui lui est due, l'autre répond en principe du dommage qui en résulte, indépendamment de la cause de l'inexécution au sens large<sup>416</sup>. L'art. 79 CVIM est la

---

<sup>410</sup> S'agissant de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4., p. 66, N 189 ss.

<sup>411</sup> Concernant le fait que l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM énonce une preuve libératoire, cf. le paragraphe I.2.1.3. A., p. 88, N 259 s.

<sup>412</sup> Dans le même sens MAGNUS, N 35 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>413</sup> En anglais, « if the seller fails to perform » ; en espagnol, « si el vendedor no cumple ».

<sup>414</sup> En anglais, « if the buyer fails to perform » ; en espagnol, « si el comprador no cumple ».

<sup>415</sup> En anglais, « breach of contract by one party » ; en espagnol, « incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes ».

<sup>416</sup> Sur le champ d'application des art. 74 à 77 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100.

disposition qui a pour but de limiter la responsabilité du débiteur en déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables à ce dernier et celles qui ne le sont pas<sup>417</sup>. **La ligne de partage est tracée par une norme générale et unique** : l'art. 79 al. 1 CVIM, qui notamment ne repose pas sur une distinction entre les cas dans lesquels l'inexécution a été causée par les propres agissements du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un tiers dont le comportement est imputable à celui-là. Ainsi, l'art. 79 al. 2 CVIM ne fait que clarifier cette norme, sans en modifier le contenu matériel<sup>418</sup>.

281. **La notion de sphère d'influence du débiteur est l'étalon** sur lequel se base l'art. 79 al. 1 CVIM. Cette notion est certes flexible ; en particulier, elle dépend de ce que les parties au contrat ont convenu<sup>419</sup>. Mais on peut quand même mettre en évidence trois axes qui la composent implicitement. En général, une inexécution au sens large n'est pas due à un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, si elle résulte des actes de ce dernier, de ceux d'un tiers (dépendant ou indépendant) qui participe à l'exécution de l'obligation en cause de par la volonté du débiteur, ou de tout autre fait qui relève de l'organisation que ce dernier (voire l'une des personnes dont le débiteur répond selon ce qui précède) a mis en place pour accomplir la prestation due. Le débiteur n'est exonéré de la responsabilité que s'il prouve qu'aucune de ces trois hypothèses n'est finalement réalisée<sup>420</sup>.

282. La responsabilité du débiteur prévue par la Convention est **la somme de trois composantes implicites** : une responsabilité pour son propre fait, une responsabilité du fait d'autrui<sup>421</sup> et une responsabilité du fait de l'organisation.

## 2.2.2. Une idée sous-jacente à vocation générale

283. **L'art. 79 al. 2 CVIM** révèle que, en matière de responsabilité, les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une obligation de par la volonté du débiteur sont imputés à ce dernier, bien que cela ne soit pas prévu expressément<sup>422</sup>.

<sup>417</sup> Concernant la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>418</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>419</sup> S'agissant de la flexibilité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., p. 88, N 261 ss.

<sup>420</sup> Concernant l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., p. 57, N 167 ss. En particulier, à propos de l'empêchement qui enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la sphère dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

<sup>421</sup> Pour une définition de la « responsabilité pour le fait d'autrui », cf. l'Introduction, notamment n. 17.

<sup>422</sup> Concernant l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation de la Convention en matière de responsabilité, cf. le paragraphe I.2.2.1.A., p. 94, N 277 ss.

En revanche, étant donné son champ d'application directe<sup>423</sup>, cette disposition ne permet pas d'affirmer que, dans tous les domaines, le fait d'autrui est implicitement imputé aux parties au contrat. En effet, l'art. 79 CVIM concerne uniquement la prétention en dommages-intérêts ; en particulier, l'attitude prudente des auteurs de la Convention qui résulte de l'art. 79 al. 5 CVIM s'oppose à ce qu'on applique directement les normes de l'art. 79 CVIM, que celles-ci soient expresses ou implicites, à des problématiques en dehors de ce cadre<sup>424</sup>.

284. Il n'en reste pas moins que l'art. 79 CVIM est **parfois appliqué par analogie** en dehors de son champ d'application. Tel est notamment le cas lors de la contravention à une incombance<sup>425</sup>.

285. Le fait d'appliquer l'art. 79 al. 2 CVIM par analogie indique que l'idée sous-jacente à cette disposition, soit qu'une partie au contrat doit à certaines conditions se laisser imputer le fait d'autrui, a **une portée qui dépasse le champ d'application de l'art. 79 CVIM**.

**Exemple 1 :** Selon l'art. 77 phr. 2 CVIM, l'indemnité due au créancier insatisfait est réduite, si les mesures raisonnables au sens de l'art. 77 phr. 1 CVIM n'ont pas été prises par le tiers (dépendant ou indépendant) que celui-là a chargé d'exécuter le contrat, à moins qu'il ne prouve que les conditions de l'art. 79 al. 2 CVIM sont remplies (cette disposition étant appliquée par analogie)<sup>426</sup>.

286. En particulier, l'art. 79 al. 2 CVIM et l'idée qu'il sous-entend sont pertinents chaque fois que la Convention emploie l'expression « **acte ou [...] omission** » **d'une des parties au contrat**.

**Exemple 2 :** Selon l'art. 82 al. 1 CVIM, l'acheteur est déchu du droit de déclarer le contrat résolu et de celui d'exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement, « s'il lui est impossible de restituer les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues. » L'art. 82 al. 2 CVIM prévoit trois importantes exceptions à cette règle. Sa raison d'être réside dans le fait que l'acheteur entend se prévaloir des moyens susmentionnés avant tout parce qu'il n'a pas obtenu ce qui lui était dû et dont le vendeur était garant<sup>427</sup>. En particulier, d'après l'art. 82 al. 2 let. a CVIM, l'acheteur ne perd pas ses droits, si l'impossibilité de restituer les marchandises dans un état convenable au sens de l'art. 82 al. 1 CVIM n'est pas « due à un acte ou à une omission de sa part »<sup>428</sup>. Cela signifie que toute action ou omission qui porte

---

<sup>423</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 79 CVIM en général, cf. le paragraphe I.1.3.2.A., p. 51, N 147.

<sup>424</sup> Sur l'attitude prudente des auteurs de la Convention qui s'illustre à l'art. 79 al. 5 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., notamment N 223.

<sup>425</sup> Concernant l'application par analogie de l'art. 79 CVIM en cas de contravention à une incombance, cf. le paragraphe I.1.3.2.D., p. 55, N 160 s.

<sup>426</sup> A propos de l'application par analogie de l'art. 79 CVIM dans le cadre de l'art. 77 phr. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., notamment N 128.

<sup>427</sup> Dans le même sens HONNOLD, § 448, p. 510, et § 448.2, p. 512.

<sup>428</sup> En anglais, « due to his act or omission » ; en espagnol, « imputable a un acto u omisión de éste ».

atteinte aux marchandises et qui est le fait de l'acheteur ou d'un tiers (dépendant ou indépendant) auquel celui-là a confié la garde matérielle des marchandises prive l'acheteur de ses droits, à moins que les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM ne soient remplies<sup>429</sup>. On a vu que la pierre angulaire concernant la réalisation de ces conditions est constituée par ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant raisonnable et diligent dans la même situation<sup>430</sup>. Il faut, dès lors, être plus exigeant envers l'acheteur dès que ce dernier sait qu'il pourrait déclarer le contrat résolu, la situation s'approchant de celle dans laquelle il « entend » faire une telle déclaration au sens de l'art. 86 al. 1 CVIM<sup>431</sup>. L'acheteur supporte le fardeau de la preuve des conditions de la preuve libératoire<sup>432</sup>.

**Exemple 3 :** Selon l'art. 80 CVIM, une partie au contrat est déchue de tous les droits résultant de l'inexécution au sens large d'une de ses créances, si celle-ci est « due à un acte ou à une omission de sa part. »<sup>433</sup> On a vu que cela signifie que toute action ou omission qui cause l'inexécution au sens large et qui est le fait du créancier lui-même ou d'un tiers (dépendant ou indépendant) que celui-là a chargé d'exécuter le contrat prive le créancier de ses droits, à moins que ce dernier ne prouve que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées<sup>434</sup>.

**Exemple 4 :** Pour ce qui concerne le risque du prix (soit la question de savoir si l'acheteur doit payer le prix en cas de perte, totale ou partielle, des marchandises entre la conclusion du contrat et la prise de possession de sa part<sup>435</sup>), selon l'art. 66 *in initio* CVIM, l'acheteur doit, en général, s'acquitter du prix si les marchandises périssent ou sont détériorées après le moment du transfert des risques. L'art. 66 *in fine* CVIM prévoit une importante exception à cette règle : l'acheteur ne doit pas payer le prix dans la mesure où la perte, ou la détérioration, des marchandises est due « à un fait du vendeur »<sup>436</sup>. La raison d'être de cette exception est que, même après le transfert des risques, il ne faut pas que le vendeur obtienne le prix (ou, le cas échéant, son intégralité) si les choses périssent ou sont détériorées par un fait qui lui est imputable<sup>437</sup>. Cela signifie

<sup>429</sup> Dans le même sens MAGNUS, N 19 *ad* art. 82 CVIM avec réf. ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.52, p. 791 ; SOERGEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 5 *ad* art. 82 CVIM ; HONNOLD, § 448.1, p. 511.

<sup>430</sup> A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 141.

<sup>431</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ANGLAIS)-HORNUNG, N 21 *ad* art. 82 CVIM avec réf.

<sup>432</sup> Cf., par exemple, MAGNUS, N 32 *ad* art. 82 CVIM avec réf., et CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.52, p. 791.

<sup>433</sup> En anglais, « caused by the first party's act or omission » ; en espagnol, « causado por acción u omisión de aquélla ».

<sup>434</sup> Concernant les conditions de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3., p. 25, N 76 ss.

<sup>435</sup> Cf., par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1739, et KELLER/SIEHR, p. 210.

<sup>436</sup> En anglais, « to an act or omission of the seller » ; en espagnol, « a un acto u omisión del vendedor ».

<sup>437</sup> Notamment MAGNUS, N 12 *ad* art. 66 CVIM avec réf.



que toute action ou omission qui cause la perte, totale ou partielle, des marchandises après le transfert des risques et qui est le fait du vendeur ou d'un tiers (dépendant ou indépendant) que celui-là a chargé d'exécuter le contrat autorise l'acheteur à ne pas payer le prix, du moins dans son intégralité, sauf si le vendeur ne prouve que les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies<sup>438</sup>. En effet, il n'y a pas de raisons pour que le vendeur doive supporter un événement qui est finalement hors de sa sphère d'influence<sup>439</sup>. On notera que pendant le processus législatif il fut jugé qu'il allait de soi d'imputer le fait d'autrui au vendeur et que donc il était superflu de l'explicitier<sup>440</sup>.

287. En outre, selon MAGNUS, l'idée qu'une partie doit en principe se laisser imputer le fait des personnes qui participent à l'exécution du contrat de par sa volonté s'étend également à des hypothèses dans lesquelles la solution juridique dépend de **la connaissance qui est imputable à la partie** concernée. Par exemple, tel devrait être le cas lors de l'application de l'art. 40 CVIM.<sup>441</sup>

288. **En résumé**, il est vrai que la Convention ne prévoit pas de règle fixant, de manière générale, les conditions auxquelles le fait d'autrui est imputé aux parties au contrat, ainsi que les effets de l'imputation. En particulier, l'art. 79 al. 2 CVIM, dont le champ d'application directe est très limité, n'est pas une telle règle. Toutefois, on constate que l'idée selon laquelle la partie contractuelle de par la volonté de laquelle un tiers participe à l'exécution du contrat doit **en principe se laisser imputer le fait de cette tierce personne** est présente dans la réglementation. Vraisemblablement elle n'émerge clairement qu'à l'art. 79 al. 2 CVIM parce que les auteurs de la Convention ont considéré le plus souvent qu'elle allait de soi et que donc il n'était pas nécessaire de l'explicitier. On peut parler d'une idée sous-jacente à vocation générale, voire d'un principe général dont la Convention s'inspire au sens de l'art. 7 al. 2 CVIM<sup>442</sup>.

289. Le régime de responsabilité prévu par la Convention se base également sur une autre idée très importante : le débiteur répond en principe de tout fait qui relève de l'organisation qu'il a mise en place pour accomplir la prestation due, ou qui a été mise en place par une tierce personne qu'il a chargée d'exécu-

---

<sup>438</sup> Dans le même sens, par exemple, HONSELL-SCHÖNLE, N 10 et 13 ss, notamment N 14 *ad* art. 66 CVIM, et ACHILLES, N 1 *ad* art. 66 CVIM ; ainsi que HONNOLD, § 362, p. 397. D'autre avis, VULLIÉTY, N 2.184 ss, qui néanmoins arrive souvent au même résultat pratique : par exemple, il distingue entre la grève interne à l'entreprise du vendeur et le conflit de travail à l'échelon régional (N 2.185). Sur l'imputabilité du mouvement de grève qui ne concerne que l'entreprise du débiteur, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 169.

<sup>439</sup> A propos de l'empêchement qui enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la sphère dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

<sup>440</sup> Cf. MAGNUS, N 2 *ad* art. 66 CVIM avec réf.

<sup>441</sup> MAGNUS, N 43 *ad* art. 79 CVIM avec réf.

<sup>442</sup> Concernant l'imputation du fait d'autrui dans des domaines autres que celui de la responsabilité du débiteur selon les réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.2.3.2., p. 326, N 939 ss.

ter l'obligation ou d'en organiser l'exécution<sup>443</sup>. On peut s'attendre à ce que cette idée également ait une portée générale, dans le sens que chacune des parties doit **en principe se laisser imputer tout fait qui relève de l'organisation** qu'elle a mise en place pour exécuter le contrat, ou qui a été mise en place par un tiers auquel elle a confié l'exécution du contrat, voire l'organisation de cette dernière.

---

<sup>443</sup> Sur les trois composantes de la responsabilité du débiteur selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 282.

## II. Considérations comparatives sur la preuve libératoire à la disposition du débiteur

290. Après avoir décrit la réglementation de la Convention (I.1., N 63 ss) et en avoir mis en évidence les caractéristiques (I.2., N 235 ss), il est possible d'effectuer **une première réflexion sur la responsabilité du débiteur**, notamment pour ses auxiliaires, et plus généralement sur le système bipartite du droit interne suisse.

291. L'analyse concernera essentiellement un seul des moyens que le créancier peut faire valoir en cas d'inexécution : la prétention en réparation du préjudice causé par celle-ci. Elle portera sur une **question qui est au coeur de la responsabilité dite contractuelle**<sup>444</sup>, à savoir celle de la preuve libératoire dont dispose le débiteur pour s'exonérer de sa responsabilité. Elle sera centrée sur le droit interne suisse, en particulier sur les dispositions générales du Code des obligations, en mettant l'accent sur les éléments caractéristiques de l'art. 101 al. 1 CO<sup>445</sup>. Elle permettra notamment de discuter la distinction, à laquelle les comparatistes recourent souvent, entre régimes de responsabilité du débiteur sans faute et régimes de responsabilité pour faute<sup>446</sup>.

292. En substance, **dans cette partie**, l'on traitera de la preuve libératoire à la disposition du débiteur par le développement de deux problématiques principales : il s'agira d'abord de comprendre pourquoi il se justifie qu'un débiteur réponde du fait d'autrui (II.1.) ; ensuite, de déterminer quel est le contenu matériel de la preuve libératoire à la disposition du débiteur s'agissant de la responsabilité pour des tiers (II.2.).

### 1. La raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers

293. Un débiteur n'est tel que s'il est tenu par une dette découlant du rapport d'obligation qui le lie au créancier, autrement dit que s'il a le devoir d'accomplir une prestation déterminée<sup>447</sup>. Or, étant donné que, sauf exception, il est matériellement possible que la prestation ne soit pas fournie par le débiteur lui-

---

<sup>444</sup> Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'Introduction, notamment n. 41.

<sup>445</sup> Sur l'intention de mettre l'accent, dans les parties de l'étude consacrées à l'analyse du droit interne suisse, sur les éléments caractéristiques de l'art. 101 al. 1 CO, cf. l'Introduction, notamment N 36.

<sup>446</sup> Cf., par exemple, JONES/SCHLECHTRIEM, N 203, p. 129, et CHAPPUIS, *clauses*, p. 288.

<sup>447</sup> Cf. TANDOGAN, p. 2 et 7.

même mais par une autre personne, il faut savoir quelle est la situation juridique si le créancier n'est pas satisfait des agissements de ce tiers, notamment s'il subit un préjudice de ce fait.

294. Le principe fondamental en matière de responsabilité veut que le lésé assume le préjudice qui l'a atteint, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une norme qui le fait supporter en fin de compte à quelqu'un d'autre, en obligeant ce dernier à indemniser celui-là (*casum sentit dominus, casus a nullo praestatur*). Ce principe vaut aussi en matière de responsabilité pour l'inexécution au sens large<sup>448</sup> d'une obligation.

295. Le but de l'art. 101 al. 1 CO est, en dérogation de ce principe, d'instaurer un régime qui permette au créancier d'agir contre le débiteur pour le préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution (au sens large) d'une obligation du débiteur par le fait des auxiliaires de celui-ci.

296. On rappellera qu'on entend par « auxiliaire » au sens de l'art. 101 al. 1 CO toute personne, physique ou morale, qui participe à l'exécution d'une obligation du débiteur de par la volonté de ce dernier<sup>449</sup>. Une tierce personne n'a donc cette qualité que si deux éléments sont réunis. D'une part, elle doit participer à l'accomplissement de la prestation due par le débiteur. En effet, l'art. 101 al. 1 CO n'est susceptible de s'appliquer directement que lorsque la problématique soulevée est celle de l'inexécution au sens large d'une obligation<sup>450</sup>. Le cercle des auxiliaires du débiteur dépend d'abord des obligations assumées par ce dernier. Ainsi, l'élément déterminant pour savoir si une personne a agi comme auxiliaire du débiteur réside davantage dans le contenu des obligations de ce dernier qu'elle aurait violées que dans sa fonction<sup>451</sup>. D'autre part, l'intervention du tiers doit pouvoir être imputée au débiteur, dans le sens qu'elle résulte d'un acte volontaire de ce dernier. Par contre, de jurisprudence constante, la qualité d'auxiliaire ne dépend pas du type de rapport juridique qui lie le débiteur et la tierce personne ; il peut s'agir, par exemple, d'un mandat, d'un contrat de travail, ou d'entreprise<sup>452</sup>. De même, elle ne présume pas de rapport de subordination, contrairement à l'art. 55 al. 1 CO,

<sup>448</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, N 4.

<sup>449</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 5 *ad* art. 101 CO avec réf., et CR-THÉVENOZ, N 5 *ad* art. 101 CO avec réf. ; ainsi que TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 4.2.

<sup>450</sup> Cf. ATF 122/1996 III 106, consid. 4, p. 108 (traduit au JdT 1997 I 98, 100) ; 119/1993 II 337, consid. 3 c aa ; 113/1987 II 424, consid. 1b, p. 426 ; 95/1969 II 43, consid. 3b, p. 50, JdT 1970 I 66 (extr.), 69 *in fine* ; 82/1956 II 525, consid. 5, p. 533, JdT 1957 I 239, 245 ; 53/1927 II 233, consid. 3, p. 240, JdT 1927 I 487, 492 *in fine* ; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 18 *ad* art. 101 CO, et PORTMANN, p. 43 s.

<sup>451</sup> ATF 125/1999 III 223, consid. 6b, p. 225.

<sup>452</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 604 ; 95/1969 II 43, consid. 4c, p. 53, JdT 1970 I 66 (extr.), 72.

entre le débiteur et le tiers<sup>453</sup>. Ainsi, l'employé d'un homme d'affaire indépendant ou cet homme d'affaire lui-même peut être un auxiliaire<sup>454</sup>.

297. La question se pose de savoir **pourquoi et dans quelle mesure une telle responsabilité se justifie**.

298. **Dans ce chapitre** on essayera, dès lors, d'identifier la ou les raisons d'être d'une responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, dans l'idée qu'une compréhension de celles-ci permettra une meilleure appréhension du régime voulu par le législateur suisse. On traitera également des différences et des correspondances avec les réglementations des codifications supranationales récentes.

299. **L'accent** sera mis moins sur les causes historiques que sur les motifs qui justifient la présence d'une telle responsabilité dans l'actuel système suisse des obligations, lesquels sont plus intéressants dans une optique comparative et plus utiles pour déterminer le rôle que l'art. 101 al. 1 CO doit avoir dans ce système.

## 1.1. Sur la base d'une lecture des dispositions légales

300. **Dans ce sous-chapitre**, on introduit la réflexion sur la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui par une lecture des dispositions légales elles-mêmes.

301. En particulier, deux dispositions du Code des obligations sont utiles dans cette optique, pour comprendre les raisons d'une responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires : **les art. 97 al. 1 et 68 CO**.

### 1.1.1. L'art. 97 al. 1 CO: la prévalence de l'optique du créancier

302. L'art. 97 al. 1 CO fonde, à certaines conditions, l'obligation pour le débiteur de réparer le dommage d'autrui. Cette norme sert, parmi d'autres, de **règle générale** à l'ensemble de la responsabilité pour violation d'une obligation<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 4.2, p. 7 avec réf.; 70/1944 II 215, consid. 4, p. 220, JdT 1945 I 41, 47; CR-THÉVENOZ, N 7 *ad* art. 101 CO avec réf.; CR-WERRO, N 35 *ad* art. 55 CO avec réf.; BUCHER, p. 361 s.; PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17.

<sup>454</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 220, JdT 1945 I 41, 47 avec réf.

<sup>455</sup> CR-THÉVENOZ, N 3 *ad* art. 97 CO. Cf. également TERCIER, *obligations*, N 1098; ainsi que l'Introduction, notamment N 6.

A. *Le texte légal*

303. Si on en analyse le texte, on s'aperçoit que, **dans sa version en français**, l'art. 97 al. 1 CO est formulé **dans l'optique du créancier** : il n'est pas important que le débiteur n'exécute pas l'obligation ou ne le fasse qu'imparfaitement, ce qui compte c'est que « le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement ».

304. On se place **dans l'optique du débiteur uniquement en tant qu'exception** à la règle, en admettant la preuve « qu'aucune faute ne lui est imputable ». Le législateur fédéral a exprimé le caractère exceptionnel de cette preuve libératoire par les termes « à moins que ».

305. **Dans la version en allemand également**, l'optique est vraisemblablement celle du créancier : l'emploi d'une formulation passive le montre. Le texte allemand énonce en effet : « Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden ».

306. Ici aussi, on ne se place **du point de vue du débiteur qu'exceptionnellement**, soit pour ce qui concerne la preuve libératoire, qui est formulée de la manière suivante : « sofern er [le débiteur] nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. »

307. **En revanche, dans la version en italien** de l'art. 97 al. 1 CO, la formulation est **dans l'optique du débiteur**. En effet, on y traite du « debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo ». En outre, comme pour les deux autres versions, on a rédigé la partie qui porte sur la preuve libératoire également dans l'optique du débiteur : « a meno che [le débiteur] provi che nessuna colpa gli è imputabile. »

308. Il résulte de ce qui précède que, étant donnée la version en italien, **on ne peut pas affirmer résolument** que la norme est conçue dans l'optique du créancier sur la base de son texte dans les trois langues officielles, même si les versions en français et en allemand vont en ce sens.

B. *Le fonctionnement de la norme*

309. Malgré l'absence d'univocité du texte de l'art. 97 al. 1 CO mise en évidence dans le paragraphe précédent (II.1.1.1.A., N 303 ss), du point de vue du fonctionnement de la norme, **tant que le créancier obtient ou peut obtenir la prestation** à laquelle il a droit de par le rapport d'obligation qui le lie au débiteur, il ne peut pas se prévaloir de cette disposition.

310. **Dans l'hypothèse contraire**, s'il ne peut plus l'obtenir, s'il ne le peut qu'imparfaitement ou s'il ne l'a obtenue qu'imparfaitement<sup>456</sup>, il a droit à la

---

<sup>456</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, § 69 IV, p. 107.

réparation du dommage qui en résulte, à moins que le débiteur ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

311. L'art. 97 al. 1 CO déroge de la sorte au partage du fardeau de la preuve tel qu'il a été prévu à l'art. 8 CC<sup>457</sup> et **ce n'est que par voie d'exception qu'on admet une preuve libératoire** de la part du débiteur.

312. On peut expliquer cette sévérité à l'égard du débiteur par le fait que **toute obligation a pour finalité l'exécution**<sup>458</sup>.

313. C'est l'idée de *l'assumpsit*. Le débiteur a pris une obligation à l'égard du créancier<sup>459</sup>, en vertu de laquelle il est tenu à une prestation envers l'autre<sup>460</sup>. Sauf circonstances exceptionnelles, le créancier a le droit de réclamer celle-ci<sup>461</sup>, ou au moins une compensation s'il ne peut plus l'obtenir, s'il ne le peut qu'imparfaitement ou s'il ne l'a obtenue qu'imparfaitement. Autrement dit, le renversement du fardeau de la preuve de la faute du débiteur s'explique par l'existence même d'un rapport d'obligation préalable<sup>462</sup>. Dans le même ordre d'idées, on peut penser à l'adage *pacta sunt servanda*.

314. Il est conforme à la finalité du rapport d'obligation que, si le créancier n'obtient pas, ou ne peut pas obtenir, la bonne exécution de l'obligation, il ne doit pas s'intéresser à ce qui se passe chez le débiteur. Il doit uniquement prouver qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui était due. S'il réussit cette preuve, la responsabilité du débiteur est, en principe, engagée. C'est alors l'affaire de ce dernier de démontrer que l'inexécution au sens large ne lui est pas imputable et que donc il n'engage, en réalité, pas sa responsabilité<sup>463</sup>. **L'accent est mis de la sorte sur l'obtention de l'intégralité de la prestation due**. En témoigne également le fait que le créancier peut refuser l'exécution partielle d'une dette « liquide et exigible pour le tout » (art. 69 al. 1 CO)<sup>464</sup>. D'ailleurs, les définitions mêmes de l'exécution et de l'inexécution mettent en évidence que l'élément déterminant en la matière est de savoir si la prestation due a été accomplie, c'est-à-dire si le résultat promis a été atteint conformément aux attentes légitimes du créancier<sup>465</sup>.

---

<sup>457</sup> BaK-WIEGAND, N 42 *ad* art. 97 CO.

<sup>458</sup> Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>459</sup> Pour une définition de l'« obligation », cf. l'Introduction, notamment n. 2.

<sup>460</sup> Pour ce qu'on entend par « prestation », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

<sup>461</sup> Pour une définition du « droit de créance », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

<sup>462</sup> Dans le même sens JANSER, p. 41.

<sup>463</sup> Cf. BaK-WIEGAND, N 42 *ad* art. 97 CO.

<sup>464</sup> Une dette est liquide lorsqu'elle « est certaine quant à son existence et déterminée quant à son montant, soit parce qu'elle n'est pas contestée, soit parce qu'elle repose sur un titre exécutoire » (CR-HOHL, N 4 *ad* art. 69 CO). Sur l'art. 69 al. 1 CO, cf. notamment l'ATF 133/2007 III 598, consid. 4.1.

<sup>465</sup> Dans le même sens GUHL/KOLLER, § 29 N 2. Pour une définition de l'« exécution », cf. l'Introduction, notamment N 2. Pour ce qu'on entend par « inexécution », cf. l'Introduction, notamment N 3.

**Exemple 1 :** Comme l'élément déterminant est de savoir si le créancier est objectivement satisfait de ce qu'il a obtenu ou de ce qu'il peut obtenir en exécution de sa créance, une obligation est, en général, également exécutée si, bien que le débiteur n'eût pas le pouvoir de disposer de la chose, le créancier en a acquis la propriété en vertu des règles de la bonne foi ou de la prescription<sup>466</sup>.

**Exemple 2 :** De même, une obligation est, de manière générale, également exécutée si un tiers a effectué, à la place et pour le débiteur, ce à quoi ce dernier s'était obligé. La tierce personne peut alors agir avec ou sans l'accord du débiteur<sup>467</sup> ; elle peut même « exécuter la prestation *contre la volonté du débiteur*. Celui-ci est libéré, malgré lui, car l'intérêt du créancier à obtenir satisfaction l'emporte sur l'intérêt du débiteur. »<sup>468</sup>

315. En définitive, sous l'angle de son fonctionnement, **l'art. 97 al. 1 CO est conçu essentiellement dans l'optique du créancier**, dans la mesure où il s'agit avant tout de savoir si le résultat auquel toute obligation tend (c'est-à-dire la bonne exécution) a été obtenu ou s'il peut l'être ; ou, inversement, s'il ne peut plus être obtenu, s'il ne le peut qu'imparfaitement ou s'il ne l'a été qu'imparfaitement<sup>469</sup>.

### 1.1.2. L'art. 68 CO : la liberté du débiteur dans l'exécution

316. Dans un système où la loi met l'accent sur l'obtention du résultat promis (c'est-à-dire de la prestation due)<sup>470</sup>, on peut s'attendre à ce **qu'on se désintéresse, en principe, du processus** par lequel le créancier obtient la bonne exécution de l'obligation.

317. **L'art. 68 CO** confirme cette expectative. Il fait partie du chapitre premier du titre deuxième du Code des obligations, qui traite « [d]e l'exécution des obligations »<sup>471</sup> et où le législateur s'est placé dans l'optique de la bonne exécution des obligations. Il répond à la question de savoir qui doit et/ou peut exécuter la prestation due<sup>472</sup>.

318. Il prévoit que **le débiteur n'est, en principe, pas tenu d'exécuter personnellement** sa dette et qu'il peut faire appel à des tiers (art. 68 CO *a contrario*)<sup>473</sup>.

<sup>466</sup> VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 55 VIII, p. 411 ; *idem* VON TUHR/ESCHER, § 55 VIII, p. 7.

<sup>467</sup> TERCIER, *obligations*, N 935.

<sup>468</sup> TERCIER, *obligations*, N 936.

<sup>469</sup> Dans le même sens PETITPIERRE, *inexécution*, p. 260.

<sup>470</sup> A propos de l'obtention de la prestation due en tant qu'élément déterminant en matière de responsabilité pour violation d'une obligation, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 314.

<sup>471</sup> En allemand, « Die Erfüllung der Obligationen » ; en italien, « Dell'adempimento delle obbligazioni ».

<sup>472</sup> TERCIER, *obligations*, N 927.

<sup>473</sup> Cf. BaK-LEU, N 1 *ad* art. 68 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2035 SS ; TERCIER, *obligations*, N 929.



319. Autrement dit, une exécution personnelle n'est, en général, pas nécessaire pour que l'obligation soit bien exécutée et, sauf exception (le contrat prévoit que le débiteur doit s'exécuter personnellement ou a été conclu en considération de la personne de ce dernier<sup>474</sup>), le débiteur est **libre de choisir s'il veut accomplir lui-même la prestation due** ou s'il préfère en confier la charge (pleine ou partielle) à une tierce personne. En principe, il peut faire appel à un tiers même contre la volonté du créancier<sup>475</sup>.

320. Il résulte de ce qui précède qu'en principe le débiteur est **maître du choix quant à la manière de fournir ce qu'il doit**.

**Exemple 1 :** En principe, le créancier tombe en demeure s'il refuse la prestation que lui offre régulièrement un auxiliaire du débiteur, voire un tiers qui intervient sans l'accord de ce dernier dans le processus d'exécution de l'obligation<sup>476</sup>.

**Exemple 2 :** Comme la participation d'un tiers à l'accomplissement de la prestation due est, en principe, une question qui concerne uniquement le débiteur, ce dernier ne doit pas renseigner le créancier à propos des relations juridiques qu'il entretient avec ses auxiliaires<sup>477</sup>.

**Exemple 3 :** Selon l'art. 81 al. 1 CO, le débiteur a le droit, en principe, d'exécuter son obligation avant l'échéance ou avant l'exigibilité, si le contraire n'a pas été expressément ou implicitement convenu<sup>478</sup>.

321. Toutefois, même si le débiteur peut recourir à un tiers pour faire exécuter son obligation, ce dernier ne doit pas la prestation à la place du premier : seul le débiteur est engagé<sup>479</sup>. En principe, il n'y a aucun rapport d'obligation qui se forme entre le tiers et le créancier de l'autre<sup>480</sup>. En général, le débiteur n'est donc pas libéré de son obligation, ni de son éventuelle responsabilité en cas d'inexécution au sens large, par le fait qu'il confie, d'une manière licite, l'exécution à une tierce personne<sup>481</sup>. Au contraire, **pour qu'il soit libéré, il faut que l'obligation soit parfaitement exécutée** et le créancier objectivement satisfait.

322. A nouveau, indépendamment des moyens auxquels le débiteur a pu recourir pour s'exécuter, l'élément déterminant pour savoir quelle est sa situation juridique face au créancier reste le résultat produit : il est libéré en cas d'exécution parfaite ; autrement, la dette ne s'éteint en principe pas et les

---

<sup>474</sup> TERCIER, *obligations*, N 931.

<sup>475</sup> TERCIER, *obligations*, N 929.

<sup>476</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, § 59 I, p. 25 ; TERCIER, *ibidem*.

<sup>477</sup> WEBER 2, N 6 *ad* art. 101 CO.

<sup>478</sup> TERCIER, *obligations*, N 971.

<sup>479</sup> Cf. CUENDET, N 380 ; BaK-LEU, N 1 *ad* art. 68 CO ; TERCIER, *obligations*, N 928.

<sup>480</sup> BaK-LEU, *ibidem*.

<sup>481</sup> TERCIER, *obligations*, N 930.

art. 97 ss CO sont susceptibles de s'appliquer. En effet, **ce qui importe c'est l'optique du créancier qui obtient ou n'obtient pas** ce qui lui est dû conformément à ses attentes légitimes<sup>482</sup>.

323. **En définitive**, si l'art. 97 al. 1 CO met en évidence cet aspect<sup>483</sup>, l'art. 68 CO souligne la liberté concédée au débiteur dans l'exécution de l'obligation.

### 1.1.3. La raison d'être résultant d'une lecture du système légal

324. Il résulte des paragraphes précédents (II.1.1.1., N 302 ss, et II.1.1.2., N 316 ss) que, d'une part, le créancier ne doit se soucier que de l'obtention de la prestation due et que, d'autre part, le débiteur est libre de choisir les moyens par lesquels produire ce résultat, notamment de faire appel à des tiers. Dans un tel système, **on compense la faculté** du débiteur de recourir à une tierce personne pour fournir la prestation due **par la responsabilité** du premier si le créancier n'est objectivement pas satisfait du fait du tiers.

On retrouve, *mutatis mutandis*, la même idée dans un arrêt zurichois. On y affirme que l'expert peut faire appel à des auxiliaires sous sa responsabilité (« der Sachverständige unter seine Verantwortung Hilfspersonen beiziehen darf »)<sup>484</sup>. Il n'est pas important dans l'optique du présent chapitre que l'arrêt ne traite pas de la réparation d'un préjudice (dommage ou tort moral), mais de la validité d'une expertise psychiatrique.

325. On peut, donc, dire que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour l'inexécution au sens large de son obligation par ses auxiliaires **réside dans le système même** qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer les effets des obligations.

326. On y reviendra notamment dans la synthèse en fin de chapitre (II.1.4.1., N 374 ss). Avant d'y arriver, il se justifie de réfuter quelques assertions qui ne représentent pas la raison d'être recherchée, dans les deux sous-chapitres qui suivent (II.1.2., N 327 ss, et II.1.3., N 352 ss).

## 1.2. Deux assertions tirées de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité

327. Dans sa jurisprudence en matière de responsabilité, **le Tribunal fédéral ne précise pas la raison d'être de la responsabilité** du débiteur pour des tiers. Il aborde davantage cette question dans des arrêts ne concernant pas la

---

<sup>482</sup> PETITPIERRE, *inexécution*, p. 260.

<sup>483</sup> Concernant l'art. 97 al. 1 CO par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.1.1., p. 105, N 302 ss.

<sup>484</sup> *Kassationsgericht* (Zurich), 2 septembre 1997, ZR 1998 p. 75 (n° 25), consid. 3c, p. 76.

réparation du préjudice d'autrui et dans lesquels l'art. 101 al. 1 CO n'est appliqué que par analogie. On reviendra sur ces arrêts dans le prochain sous-chapitre (II.1.3., N 352 ss).

328. En matière de responsabilité, **le seul arrêt intéressant** clôt la cause Cavallini contre Bruni. Le Tribunal fédéral y traite du cas d'une bailleuse qui, après avoir vendu la chose louée et avoir transféré le contrat de bail à l'acquéreur, est actionnée en dommages-intérêts par le locataire en raison des actes du reprenant. Il affirme qu'au sens de l'art. 259 al. 1 aCO « le bail continue à lier l'aliénateur en dépit de l'obligation assumée par l'acquéreur »<sup>485</sup> et il fait deux observations intéressantes : la première est qu'« en aliénant la chose louée, il [le bailleur] a créé lui-même le danger que le contrat ne soit pas exécuté »<sup>486</sup>, la deuxième qu'il peut « se prémunir contre ce péril en exigeant des sûretés de l'acquéreur »<sup>487</sup>.

329. Le Tribunal fédéral fait ces deux observations lors de l'analyse de l'interprétation qu'il fallait avoir de l'art. 259 al. 1 aCO et, vraisemblablement, dans ses intentions elles ne concernent pas la raison d'être en général de la responsabilité du débiteur pour des tiers. Toutefois, un lien logique existait entre l'art. 101 al. 1 CO et l'art. 259 al. 1 aCO : si la Haute Cour n'avait pas admis, en vertu de cette disposition, que le bailleur qui aliénait la chose louée restait débiteur du locataire à moins de circonstances particulières, l'autre norme n'aurait pas pu s'appliquer. En effet, il faut que l'exécution d'une obligation soit en cause pour que l'art. 101 al. 1 CO soit applicable<sup>488</sup>. On peut alors se demander si les arguments qui justifiaient que le bailleur ne soit pas libéré de ses obligations en raison de la reprise de celles-ci par l'acquéreur de la chose louée ne pourraient pas expliquer également le fait qu'il répondait des agissements de l'autre. Il nous paraît donc intéressant de **réfuter la pertinence de ces deux affirmations** sur la problématique traitée dans ce chapitre.

Depuis le 1er juillet 1990, l'art. 259 aCO a été remplacé notamment par l'art. 261 CO. Cette modification législative ne nuit pas à la pertinence des considérations qui suivent car celles-ci concernent l'art. 101 al. 1 CO, et non l'art. 259 aCO.

---

<sup>485</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 2, JdT 1957 I 239, 242.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

<sup>487</sup> *Ibidem*. On précise dans le texte en allemand : « bei der Veräusserung der Mietsache ».

<sup>488</sup> Cf. ATF 122/1996 III 106, consid. 4, p. 108 (traduit au JdT 1997 I 98, 100) ; 119/1993 II 337, consid. 3c aa ; 113/1987 II 424, consid. 1b, p. 426 ; 95/1969 II 43, consid. 3b, p. 50, JdT 1970 I 66 (extr.), 69 *in fine* ; 82/1956 II 525, consid. 5, p. 533, JdT 1957 I 239, 245 ; 53/1927 II 233, consid. 3, p. 240, JdT 1927 I 487, 492 *in fine* ; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 18 *ad* art. 101 CO, et PORTMANN, p. 43 s.

### 1.2.1. La création par le débiteur d'un danger d'inexécution

330. Selon le Tribunal fédéral, le bailleur, en aliénant la chose louée et en servant conséquemment de l'acquéreur pour exécuter ses obligations contractuelles<sup>489</sup>, crée lui-même le danger que le contrat ne soit pas exécuté<sup>490</sup>. On peut **se demander si** la raison d'être de la responsabilité pour inexécution au sens large d'une obligation du débiteur en raison des agissements de tierces personnes réside dans le fait que celui-là, lorsqu'il se sert d'un tiers pour exécuter sa dette, crée le danger que l'obligation ne soit pas bien exécutée.

#### A. *Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO*

331. S'il est possible que, comme le Tribunal fédéral semble le dire, le bailleur qui aliène la chose louée et qui remet ainsi l'exécution de ses obligations à l'acquéreur crée toujours le danger que le contrat de bail soit violé, **on ne peut pas affirmer que** tout débiteur qui fait appel à un tiers pour accomplir la prestation due crée un tel danger<sup>491</sup>.

332. En particulier, une telle affirmation ne se justifie pas **lorsque l'auxiliaire est plus compétent que le débiteur** et donne donc plus de garanties que la prestation due soit dûement accomplie. Cette hypothèse est beaucoup plus fréquente que ce qu'on pourrait croire.

**Exemple :** Le garagiste qui s'engage à réparer les freins de la voiture d'un de ses clients alors qu'il a une formation de carrossier et qui charge donc son ouvrier mécanicien d'accomplir la réparation, rend objectivement plus sûre l'exécution de ses obligations, ce dernier étant plus apte que lui à effectuer le travail.

333. Or, en cas d'inexécution au sens large, vu les conditions auxquelles un créancier peut exiger du débiteur la réparation du dommage résultant des agissements des auxiliaires de celui-ci, le fait que, en confiant l'accomplissement de ses obligations à son ouvrier, le garagiste de cet exemple ait rendu plus sûre l'exécution de son contrat, ne le met pas à l'abri de toute action en responsabilité pour inexécution. En effet, un débiteur répond du préjudice causé par l'auxiliaire auquel il a fait appel pour accomplir la prestation due, à moins qu'il apparaisse que, s'il avait agi lui-même comme ce dernier l'a fait, il n'aurait pas engagé sa responsabilité<sup>492</sup>; il est alors **indifférent que**, par son recours au tiers, le débiteur ait rendu objectivement plus sûre l'exécution de l'obligation ou qu'il ait créé de la sorte le danger que celle-ci ne soit pas bien exécutée.

---

<sup>489</sup> Cf. ATF 82/1956 II 525, consid. 5, JdT 1957 I 239, 245.

<sup>490</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 2, JdT 1957 I 239, 242.

<sup>491</sup> Dans le même sens SPIRO, § 4 p. 52.

<sup>492</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

334. Si la raison d'être de l'art. 101 al. 1 CO était de rendre responsable celui qui, en faisant appel à une tierce personne pour exécuter sa dette, met en danger l'exécution de celle-ci, cet élément ne devrait-il pas jouer un rôle dans l'application de la règle de droit elle-même ? En particulier, ne faudrait-il pas que le débiteur qui, par son recours à un tiers, rend l'accomplissement de la prestation due plus sûre n'engage pas sa responsabilité ? L'indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO constitue un **premier indice** que l'idée n'est, en réalité, pas pertinente par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui.

### B. *Légitimité de cette indifférence*

335. Serait-il équitable que, de manière générale, le débiteur qui confie l'exécution de son obligation à un tiers puisse se prévaloir du simple fait qu'il a ainsi rendu plus sûr l'accomplissement de la prestation due, pour se libérer de toute responsabilité pour l'inexécution au sens large résultant des agissements de ses auxiliaires ?

336. Ainsi, dans l'exemple mentionné dans le paragraphe précédent (II.1.2.1.A., N332), le garagiste ne répondrait pas du dommage subi par le créancier, simplement parce qu'il a rendu l'exécution de ses obligations plus sûre en s'en remettant à son ouvrier mécanicien, plus apte que lui à effectuer le travail, pour réparer les freins de la voiture de son client. Le débiteur serait notamment exonéré de sa responsabilité même dans l'hypothèse où on aurait admis sa responsabilité personnelle s'il avait agi de la même façon que son auxiliaire. Le système serait alors tel que **le débiteur serait mieux traité** s'il confie l'exécution de l'obligation violée à un tiers plus compétent qu'il le serait s'il se charge lui-même de l'accomplissement de sa dette.

337. Or, **le débiteur est tenu à la prestation due envers le créancier**, et non simplement à mettre en place les meilleures conditions pour que la prestation soit exécutée<sup>493</sup>. Une solution plus avantageuse pour le débiteur ne peut résulter que de l'accord des parties au contrat.

338. **Le résultat juridique ne serait pas équitable** : s'il n'y a pas de raison pour que la situation du débiteur qui se sert d'un tiers pour accomplir la prestation due soit pire que celle de celui qui exécute personnellement son obligation, il n'y a pas de raison non plus pour qu'elle soit meilleure<sup>494</sup>.

339. **Par identité de motifs**, le fait de mettre effectivement en danger l'exécution d'une obligation en recourant à un tiers ne doit pas permettre au créancier d'exiger du débiteur la réparation de son dommage, s'il apparaît que, ce

---

<sup>493</sup> Pour une définition de l'« obligation », cf. l'Introduction, notamment n. 2.

<sup>494</sup> Cf., par exemple, VON TUHR, *fremdes Verschulden*, p. 226, et PIOTET, *Culpa*, p. 64.

dernier ayant agi comme son auxiliaire l'a fait, il n'aurait pas été tenu pour responsable.

C. *Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être*

340. Il résulte des deux paragraphes précédents (II.1.2.1.A., N 331 ss, et II.1.2.1.B., N 335 ss), c'est-à-dire tant du régime instauré par l'art. 101 al. 1 CO que du fait qu'il se justifie que le débiteur réponde du préjudice subi par son créancier à cause de l'inexécution résultant des agissements d'un auxiliaire indépendant de la question de savoir si, en faisant appel à la tierce personne, il a rendu l'exécution de la dette plus sûre ou s'il a créé de la sorte le danger que celle-ci ne soit pas bien exécutée, que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large **ne réside pas** dans le fait que celui-là, lorsqu'il se sert d'une tierce personne pour exécuter sa dette, crée le danger que l'obligation ne soit pas bien exécutée.

### 1.2.2. La possibilité pour le débiteur d'exiger des sûretés

341. La **deuxième observation** du Tribunal fédéral qui a attiré notre attention est la suivante : le bailleur qui aliène la chose louée peut se prémunir contre le danger que le contrat de bail ne soit pas exécuté en exigeant des sûretés de la part de l'acquéreur lors de l'aliénation<sup>495</sup>.

342. De fait, le péril contre lequel le débiteur peut, le cas échéant, se garantir consiste en sa propre responsabilité, qui serait en principe engagée si une des prestations dues n'était pas bien accomplie. En effet, des sûretés ne pourraient de toute façon pas empêcher que le tiers auquel le débiteur a confié l'exécution d'une de ses obligations n'exécute pas convenablement celle-ci ; elles pourraient, par contre, améliorer la situation du débiteur en lui permettant de se retourner en remboursement du préjudice qu'il a subi, du fait de sa responsabilité, contre l'auxiliaire dont les actes ont causé l'inexécution au sens large. Par ailleurs, vu que, dans l'affirmation dont on traite, la Haute Cour entend par sûretés celles que le débiteur peut obtenir de la part de son auxiliaire, il faut **comprendre** ce terme dans le sens de « sûretés conventionnelles »<sup>496</sup>. Nous comprenons alors cette deuxième affirmation du Tribunal fédéral de la manière suivante : le bailleur qui aliène la chose louée peut se prémunir contre le danger que représente son éventuelle responsabilité, si le contrat de bail n'était pas bien exécuté, en exigeant des sûretés conventionnelles de la part de l'acquéreur lors de l'aliénation.

---

<sup>495</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 2, JdT 1957 I 239, 242.

<sup>496</sup> Cf. TERCIER, *obligations*, N 1230 ; ainsi que GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3763.

343. Dans la perspective du présent chapitre, il s'agit de **savoir si** la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large d'une obligation consiste dans le fait que le débiteur, lorsqu'il se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due, peut se prémunir contre le danger que constitue pour lui une éventuelle responsabilité résultant du fait de l'auxiliaire en exigeant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier.

A. *Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO*

344. De fait, **on ne peut pas affirmer que** tout débiteur peut se garantir contre le péril que représente pour lui une éventuelle responsabilité du fait du tiers auquel il fait appel pour exécuter son obligation en exigeant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier.

345. Ainsi, une telle assertion n'est pas vraie **lorsque le débiteur se trouve en position de faiblesse** et n'a donc pas le pouvoir de négociation nécessaire pour exiger des sûretés de la part de ses futurs auxiliaires.

**Exemple 1 :** Le bailleur qui veut vendre l'immeuble loué parce qu'il a besoin d'argent alors que ses acquéreurs potentiels connaissent sa situation se trouve dans une position de faiblesse qui ne lui permet pas d'exiger grand-chose de l'acquéreur auquel, en lui aliénant la chose louée, il confie l'exécution de ses obligations envers le locataire.

346. De même, une telle affirmation n'est pas fondée lorsque le débiteur est **suffisamment puissant pour exiger des sûretés, mais ne peut pas en obtenir** de sérieuses, car son auxiliaire n'a pas le crédit nécessaire pour lui en accorder.

**Exemple 2 :** Le garagiste qui s'engage à réparer les freins de la voiture d'un de ses clients et qui charge son ouvrier mécanicien d'accomplir la réparation ne pourrait d'aucune manière obtenir des sûretés suffisantes de la part de ce dernier pour le préjudice, considérable, qui pourrait résulter d'une mauvaise exécution du travail, si son auxiliaire est jeune et, de ce fait, n'a pas pu constituer d'économies sérieuses.

347. Or, en cas d'inexécution au sens large, un débiteur répond du préjudice causé par l'auxiliaire auquel il a fait appel pour accomplir la prestation due, à moins qu'il apparaisse que, s'il avait agi lui-même comme ce dernier l'a fait, il n'aurait pas engagé sa responsabilité<sup>497</sup> ; il est alors **indifférent que** le débiteur ait pu ou non se prémunir contre le danger que représente pour lui une éventuelle responsabilité du fait de ce tiers en exigeant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier.

348. Si la raison d'être de l'art. 101 al. 1 CO était de rendre responsable celui qui, en faisant appel à une tierce personne pour exécuter sa dette, peut se

---

<sup>497</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

garantir contre le péril que constitue son éventuelle responsabilité du fait de ce tiers en exigeant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier, cet élément ne devrait-il pas jouer un rôle dans l'application de la règle de droit elle-même ? En particulier, ne faudrait-il pas que le débiteur qui ne peut pas obtenir de telles sûretés n'engage pas sa responsabilité ? L'indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO constitue un **premier indice** que l'idée n'est, en réalité, pas pertinente par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui.

### *B. Légitimité de cette indifférence*

349. On a vu que l'équité exige que la responsabilité du débiteur soit engagée pour les auxiliaires de ce dernier dans la même ampleur que ce qu'elle le serait si le débiteur n'avait pas confié à un tiers l'accomplissement de la prestation due mais s'en était occupé personnellement<sup>498</sup>. En particulier, il se justifie que, si le créancier ne peut plus obtenir la prestation qui lui est due, ne le peut qu'imparfaitement ou ne l'a obtenue qu'imparfaitement<sup>499</sup> en raison des agissements d'un auxiliaire du débiteur, le fait que, pour une raison ou pour une autre, ce dernier n'ait pas pu se prémunir contre le danger représenté par son éventuelle responsabilité pour le fait d'autrui en obtenant des sûretés conventionnelles de la part de son auxiliaire **ne suffit pas pour qu'il soit mieux traité** que s'il avait eu le même comportement que celui-ci. Une solution plus avantageuse pour le débiteur ne peut résulter que de l'accord des parties au contrat.

350. **Par identité de motifs**, le fait que le débiteur ait obtenu des sûretés conventionnelles de la part de son auxiliaire ne doit pas permettre au créancier d'exiger de l'autre la réparation de son dommage, s'il apparaît que, le débiteur ayant agi comme son auxiliaire l'a fait, il n'aurait pas été tenu pour responsable.

### *C. Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être*

351. Par un raisonnement similaire à celui qu'on a effectué concernant la première des deux affirmations du Tribunal fédéral retenues<sup>500</sup>, il résulte des deux paragraphes précédents (II.1.2.2.A., N 344 ss, et II.1.2.2.B., N 349 s.) que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large **ne réside pas** dans le fait que celui-là, lorsqu'il se sert d'une tierce personne pour exécuter sa dette, peut se prémunir contre le danger que

---

<sup>498</sup> Sur l'ampleur équitable de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1.B., notamment N 338.

<sup>499</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, § 69 IV, p. 107.

<sup>500</sup> Concernant l'idée selon laquelle le débiteur crée un danger d'inexécution en faisant appel à une tierce personne en relation avec la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1., p. 112, N 330 ss.



constitue pour lui une éventuelle responsabilité résultant du fait de l'auxiliaire en obtenant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier.

### 1.3. Deux assertions doctrinales

352. Concernant la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large, on trouve **dans la doctrine, le plus souvent, l'affirmation selon laquelle** le débiteur ne doit pas seulement jouir des avantages qu'il retire du recours à des auxiliaires mais doit aussi, en contrepartie de cela, en supporter les désavantages<sup>501</sup>.

353. Les auteurs qui considèrent que telle est l'idée sur laquelle se fonde la responsabilité analysée ici **se réfèrent notamment à trois arrêts du Tribunal fédéral**: les ATF 114/1988 Ib 67, 107/1981 Ia 168 et 94/1968 I 248, où il est dit que celui qui jouit de l'avantage de faire exécuter son obligation par un auxiliaire doit aussi en supporter les désavantages<sup>502</sup>.

354. Toutefois, dans les affaires sur lesquelles portent les ATF 114/1988 Ib 67 et 107/1981 Ia 168 les demandeurs respectifs agissent en restitution du délai selon l'art. 35 OJ et dans le troisième litige le Tribunal fédéral se prononce sur une demande en réintégration en l'état antérieur au sens de l'art. 47 LBI. Vu que le différend ne concerne la réparation d'un préjudice dans aucune des trois causes, **l'art. 101 al. 1 CO n'y est appliqué que par analogie**<sup>503</sup>. La Haute Cour le dit expressément dans l'ATF 94/1968 I 248<sup>504</sup>. D'ailleurs, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle ne se réfère plus à cette disposition lorsqu'il doit se prononcer sur une demande en réintégration en l'état antérieur selon l'art. 47 LBI<sup>505</sup>. En revanche, le Tribunal fédéral ne le dit pas dans les deux autres arrêts, lorsqu'il traite du rapport entre l'art. 35 OJ et l'art. 101 al. 1 CO. On trouve, néanmoins, l'affirmation que cette disposition est appliquée par analogie dans ce cas de figure dans un arrêt plus ancien portant sur la même problématique: l'arrêt dans la cause Bachofen contre Ministère public du canton de Zürich de 1952<sup>506</sup>.

---

<sup>501</sup> WEBER 2, N 9 *ad* art. 101 CO; BaK-WIEGAND, N 2 *ad* art. 101 CO; TERCIER, obligations, N 1125; HIGI, N 18 *ad* art. 259e CO; ainsi que SCHWENZER, N 23.01, qui prend en considération l'avantage pour le débiteur constitué par le fait de pouvoir, par le recours à des auxiliaires, élargir son champ d'activité (dans le même sens GUHL/KOLLER, § 31 N 33) et ainsi ses possibilités de profit. Cf. également VON TUHR/ESCHER, § 70 I, p. 123, et GUGGENHEIM, *effets*, p. 233 s.

<sup>502</sup> ATF 114/1988 Ib 67, consid. 3c et d, p. 71; ATF 107/1981 Ia 168, consid. 2a, p. 169 (traduit au JdT 1983 I 315, 316); ATF 94/1968 I 248, consid. 2b, p. 251.

<sup>503</sup> Dans le même sens AEPLI/CASANOVA, *ad* art. 101 CO, p. 240.

<sup>504</sup> ATF 94/1968 I 248, consid. 2a, JdT 1968 I 642 (rés.), 642.

<sup>505</sup> WEBER 2, N 31 *ad* art. 101 CO.

<sup>506</sup> ATF 78/1952 IV 131, consid. 2, p. 133 *in fine*.

355. La question se pose alors de savoir s'il est opportun de se fonder sur ces trois jurisprudences pour déterminer quelle est la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, alors qu'elles ne traitent pas de responsabilité<sup>507</sup>. Sachant que **l'optique dans laquelle on envisage une norme peut différer selon qu'il s'agit de l'appliquer directement ou par analogie**, il nous a paru prudent de ne pas prendre en considération, lors de l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>508</sup>, ces arrêts (ainsi que d'autres qui ne concernent pas la réparation du préjudice d'autrui) dans cette étude où on s'intéresse à l'application de l'art. 101 al. 1 CO en tant que norme de responsabilité.

356. Néanmoins, qu'on veuille ou non se rapporter aux trois arrêts, l'affirmation selon laquelle la raison d'être réside dans le fait que le débiteur ne doit pas seulement jouir des avantages qu'il retire du recours à des auxiliaires mais doit aussi, en contrepartie de cela, en supporter les désavantages est retenue en doctrine. Elle est intéressante et mérite d'être analysée.

### 1.3.1. Souffrir les inconvénients en contrepartie de la jouissance matérielle des avantages par le débiteur

357. **Au premier regard, l'argument** invoqué le plus souvent par la doctrine pour justifier la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large **signifie que**, le débiteur étant celui qui jouit matériellement des avantages qui résultent du fait qu'une tierce personne participe à l'exécution de ses obligations, il doit aussi en supporter les inconvénients.

#### A. *Indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO*

358. De fait, de la même manière que SPIRO l'a déjà observé, il faut relever que **le fait de se servir de tiers** pour fournir la prestation due augmente certes les possibilités du débiteur et conséquemment les recettes de ce dernier, si celui-ci fait un bon usage de cette faculté ; mais il s'agit d'une ressource qui n'est **pas moins profitable au créancier** qui reçoit la prestation de ceux-là<sup>509</sup>. En effet, sans le partage du travail, il ne serait peut-être tout simplement pas possible de fournir la prestation, voire pas avec la même qualité, ou pas au même prix, ou pas au moment souhaité, etc.<sup>510</sup> SPIRO synthétise ces considérations

---

<sup>507</sup> Pour ce qu'on entend par « responsabilité », cf. l'Introduction, notamment n. 14.

<sup>508</sup> Concernant la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers sur la base d'une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, cf. le sous-chapitre II.1.2., p. 111, N 327 ss.

<sup>509</sup> SPIRO, § 8 p. 61.

<sup>510</sup> Dans le même sens SPIRO, § 63 p. 254.

dans la question suivante: « Welcher Gläubiger möchte sich mit dem begnügen, was Robinson Crusoe zu leisten vermöchte? »<sup>511</sup>

359. Autrement dit et de manière générale, **ce n'est pas toujours le débiteur, ou** en tout cas, le plus souvent, **pas le débiteur seul, qui bénéficie** matériellement des avantages qui résultent du fait qu'un tiers participe à l'exécution des obligations de celui-là. Soutenir le contraire appartient à une conception archaïque des relations commerciales<sup>512</sup>.

360. Or, en cas d'inexécution au sens large, un débiteur répond du préjudice causé par l'auxiliaire auquel il a fait appel pour accomplir la prestation due, à moins qu'il apparaisse que, s'il avait agi lui-même comme ce dernier l'a fait, il n'aurait pas engagé sa responsabilité<sup>513</sup>; il est alors **indifférent que** la participation du tiers à l'exécution de la dette profite au débiteur seul, au créancier seul ou aux deux parties. En particulier, il est sans importance que la tierce personne soit intervenue dans le processus d'accomplissement de la prestation due dans l'intérêt du débiteur, du créancier ou des deux.

**Exemple:** La responsabilité de la filiale zurichoise d'une société spécialisée dans le commerce d'objets d'art dont le siège principal est à Londres est engagée en vertu de l'art. 101 al. 1 CO pour les agissements de l'expert travaillant chez la maison-mère auquel la filiale délègue le mandat reçu par des époux d'estimer la valeur d'une lampe de Gallé, lorsque l'expert intervient tant dans l'intérêt des époux que de la filiale<sup>514</sup>.

361. Cet exemple est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel ce dernier rappelle qu'en cas de substitution autorisée le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions, en vertu de **l'art. 399 al. 2 CO**<sup>515</sup>. Par cette disposition, les règles concernant le contrat de mandat dérogent à l'art. 101 al. 1 CO<sup>516</sup>. La disposition spéciale du droit du mandat s'applique s'il y a substitution autorisée dans l'intérêt prépondérant du mandant. En effet, selon une partie de la doctrine, à laquelle le Tribunal fédéral se réfère, il faut distinguer selon qu'il y a substitution autorisée dans l'intérêt du mandataire ou dans celui du mandant<sup>517</sup>.

---

<sup>511</sup> SPIRO, § 63 n. 11, p. 254.

<sup>512</sup> A propos de l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>513</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

<sup>514</sup> ATF 112/1986 II 347, notamment consid. 2b, JdT 1987 I 28 (rés.), 30.

<sup>515</sup> ATF 112/1986 II 347, consid. 2a, p. 353. Cf., à paraître, Johan Droz, *La substitution dans le contrat de mandat*, Thèse de l'Université de Genève, 2007.

<sup>516</sup> ATF 112/1986 II 347, consid. 2a, p. 353, JdT 1987 I 28 (rés.), 30.

<sup>517</sup> TF, 1ère Cour civile, 14 décembre 1993, SJ 1994 p. 284; ATF 112/1986 II 347, consid. 2a, JdT 1987 I 28 (rés.), 30; ATF 107/1981 II 238, consid. 5b, p. 245, JdT 1982 I 82, 88 s. avec réf.; ainsi que CR-THÉVENOZ, N 15 *ad* art. 101 CO avec réf.

362. On déduit du rapport de spécialité existant entre l'art. 399 al. 2 CO et l'art. 101 al. 1 CO que, si la première disposition ne dérogeait pas à la deuxième, on appliquerait celle-ci en cas de substitution autorisée également. Le rapport existant entre ces deux dispositions confirme donc que, de manière générale (en particulier, lorsque les règles du mandat ne sont pas applicables), **l'art. 101 al. 1 CO** est susceptible de fonder la responsabilité du débiteur pour le dommage causé par le tiers dont celui-là se sert pour exécuter son obligation **même si** le débiteur fait appel à ce dernier **dans l'intérêt prépondérant du créancier**.

363. Si la raison d'être de l'art. 101 al. 1 CO était de rendre responsable celui qui, en faisant appel à une tierce personne pour exécuter sa dette, jouit matériellement des avantages qui résultent du fait que ce tiers participe à l'accomplissement de la prestation due, cet élément ne devrait-il pas jouer un rôle dans l'application de la règle de droit elle-même ? En particulier, ne faudrait-il pas que le débiteur qui ne bénéficie pas de cette participation, voire qui en profite moins que le créancier, n'engage pas sa responsabilité ? L'indifférence de cet élément dans l'application de l'art. 101 al. 1 CO constitue un **premier indice** que l'idée n'est, en réalité, pas pertinente par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui.

### *B. Légitimité de cette indifférence*

364. On a vu que, sous l'angle de l'équité, seul est déterminant en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due ne soit ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là n'avait pas confié à un tiers l'exécution de sa dette mais s'en était occupé personnellement<sup>518</sup>. En particulier, il se justifie que, en cas d'inexécution au sens large résultant des agissements d'un auxiliaire du débiteur, le fait que la participation du tiers à l'accomplissement de la prestation due ait été dans l'intérêt (exclusif ou prépondérant) du créancier **ne suffit pas pour que le débiteur soit mieux traité** que s'il avait eu le même comportement que son auxiliaire. Une solution plus avantageuse pour le débiteur ne peut résulter que de l'accord des parties au contrat.

GUGGENHEIM va dans le même sens, lorsqu'il affirme que le fait que confier à un tiers l'exécution d'une obligation ne profite pas seulement au débiteur « ne justifie pas qu'on ne considère pas [le débiteur] comme responsable d'une inexécution contractuelle pour un travail confié à un auxiliaire »<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> Sur l'ampleur équitable de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1.B., notamment N 338.

<sup>519</sup> GUGGENHEIM, *effets*, p. 234 n. 1.

365. **Par identité de motifs**, le fait que la participation du tiers à l'exécution de l'obligation du débiteur ait été dans l'intérêt (exclusif ou prépondérant) de ce dernier ne doit pas permettre au créancier d'exiger de l'autre la réparation de son dommage, s'il apparaît que, le débiteur ayant agi comme son auxiliaire l'a fait, il n'aurait pas été tenu pour responsable.

### C. *Extranéité de cet élément par rapport à la raison d'être*

366. Par un raisonnement similaire aux deux qu'on a effectués lors de l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité<sup>520</sup>, il résulte des deux paragraphes précédents (II.1.3.1.A., N 358 ss, et II.1.3.1.B., N 364 s.) que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers en cas d'inexécution au sens large **ne réside pas** dans le fait que, celui-là étant celui qui bénéficie matériellement des avantages qui résultent de la participation d'une tierce personne à l'exécution de son obligation, il doit aussi en supporter les désavantages<sup>521</sup>.

Ce type d'argument est beaucoup plus convaincant, lorsqu'il est invoqué dans le domaine délictuel pour énoncer la raison d'être de l'art. 55 al. 1 CO<sup>522</sup>.

### 1.3.2. **La responsabilité en compensation de la faculté pour le débiteur de recourir à des tiers**

367. L'argument en question dans ce sous-chapitre peut être **compris autrement**.

368. C'est ce qu'indique l'arrêt dans la cause Behaton Beton- und Hartbeton GmbH contre Bureau fédéral de la propriété intellectuelle lorsque le Tribunal fédéral affirme que « Wer den Vorteil hat, seine Pflichten [...] durch Hilfspersonen erfüllen [...] zu dürfen, soll auch die Nachteile daraus tragen »<sup>523</sup>; ou qui résulte de la traduction au Journal des Tribunaux de l'arrêt dans l'affaire L. contre Ministère public et Tribunal supérieur (Chambre pénale) de Soleure lorsque le traducteur dit que « celui qui a l'avantage de pouvoir se décharger sur un auxiliaire de l'exécution de ses obligations doit aussi en supporter les inconvénients »<sup>524</sup>. On ne s'intéresse alors pas à la question de savoir si, de fait, le seul débiteur jouit matériellement des avantages qui résultent du recours à un tiers ou s'il en bénéficie dans une mesure plus importante que le créancier

---

<sup>520</sup> Concernant la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers sur la base d'une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, cf. le sous-chapitre II.1.2., p. 111, N 327 ss.

<sup>521</sup> Dans le même sens KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*, N 30.

<sup>522</sup> Cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 8; REY, N 897 avec réf.; CR-WERRO, N 2 *ad* art. 55 CO; *contra* KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*, p. 8 n. 11.

<sup>523</sup> ATF 94/1968 I 248, consid. 2b, p. 251.

<sup>524</sup> ATF 107/1981 la 168, consid. 2a, JdT 1983 I 315, 316. Cf. également HIGI, N 18 *ad* art. 259e CO.

(ce qui, comme on l'a vu, est souvent contestable<sup>525</sup>). On prend uniquement en considération le fait que celui-là (et non celui-ci) a **l'avantage de pouvoir faire appel à un auxiliaire**, par quoi il faut entendre que c'est au débiteur que l'ordre juridique a donné, en principe, la faculté de confier à une tierce personne l'exécution de l'obligation.

369. On comprend alors l'assertion doctrinale, selon laquelle le débiteur ne doit pas seulement jouir des avantages qu'il retire du recours à des auxiliaires mais doit aussi, en contrepartie de cela, en supporter les désavantages, de la manière suivante : comme le débiteur est celui auquel l'ordre juridique a concédé la faculté de faire appel à un tiers pour exécuter son obligation et qui bénéficie ainsi de cet avantage, il doit aussi, le cas échéant, **supporter les désavantages découlant d'un tel recours**.

370. Interprétée ainsi, l'affirmation en question ne fait plus référence aux circonstances concrètes dans lesquelles l'auxiliaire intervient, notamment à la question de savoir qui bénéficie matériellement des avantages qui résultent de cette intervention<sup>526</sup>, mais au système légal lui-même : l'ordre juridique accorde au débiteur **une faculté, dont la contrepartie est la responsabilité** de celui-ci.

371. On a vu, en effet, que le système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution (y compris son négatif : l'inexécution au sens large) des obligations est tel que le créancier ne doit se soucier que de l'obtention de la prestation due, ce que met en évidence l'art. 97 al. 1 CO<sup>527</sup>, alors que le processus par lequel il obtient celle-ci n'est, en principe, pas son affaire mais celle du débiteur, ce dernier étant libre de choisir les moyens par lesquels parvenir au résultat escompté, notamment de faire appel à des tiers<sup>528</sup>. On y compense la faculté du débiteur de recourir à une tierce personne pour fournir la prestation due par la responsabilité du premier si le créancier n'est objectivement pas satisfait du fait de la deuxième<sup>529</sup>. L'assertion doctrinale, telle qu'elle a été comprise dans ce paragraphe, représente donc une autre façon d'exprimer l'idée à la base de ce système. Elle peut être **explicitée comme suit** : puisque l'ordre juridique lui a concédé la faculté de recourir à un tiers pour exécuter

---

<sup>525</sup> Sur le fait que le créancier également profite de l'intervention d'un auxiliaire dans l'accomplissement de la prestation due, cf. le paragraphe II.1.3.1.A., notamment N 358.

<sup>526</sup> Concernant l'idée selon laquelle le débiteur bénéficie matériellement des avantages résultant de l'intervention d'un tiers dans l'exécution de sa dette en relation avec la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.3.1., p. 119, N 357 ss.

<sup>527</sup> Concernant l'art. 97 al. 1 CO par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.1.1., p. 105, N 302 ss.

<sup>528</sup> S'agissant de l'art. 68 CO par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.1.2., p. 108, N 316 ss.

<sup>529</sup> A propos du système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 324.

son obligation et qu'il jouit ainsi de cet avantage, le débiteur doit aussi, en contrepartie de cela, réparer en principe le préjudice du créancier résultant de l'inexécution au sens large causée par les agissements de la tierce personne à laquelle il a fait appel pour accomplir la prestation due.

372. Dès lors, interprété ainsi, l'argument retenu le plus souvent par la doctrine **exprime la raison d'être** de l'existence en droit interne suisse d'une responsabilité du débiteur pour l'inexécution au sens large de son obligation par ses auxiliaires, raison d'être qui est cohérente avec le système même qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer les effets des obligations<sup>530</sup>.

## 1.4. Synthèse, comparaison et considérations finales

373. **Dans ce sous-chapitre**, il s'agira d'abord de résumer le résultat de l'analyse (II.1.4.1.), avant de comparer ce dernier avec la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers dans les réglementations des codifications supranationales récentes (II.1.4.2.). Enfin, on fera quelques considérations sur les raisons du système légal qui règle l'exécution et l'inexécution au sens large des obligations (II.1.4.3.), et sur l'absence de symétrie concernant la possibilité pour le débiteur de s'exonérer conventionnellement de sa responsabilité lorsque celle-ci découle de ses propres agissements et lorsqu'elle résulte du fait de ses auxiliaires (II.1.4.4.).

### 1.4.1. Synthèse

374. **Trois assertions** analysées pour voir si elles constituaient la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation ont été **rejetées par des raisonnements analogues**. Il s'agit de celle selon laquelle le fondement recherché réside dans le fait que le débiteur, lorsqu'il se sert d'une tierce personne pour exécuter sa dette, crée le danger que l'obligation ne soit pas bien exécutée<sup>531</sup>; de l'affirmation suivant laquelle la raison d'être recherchée consiste en ce que le débiteur, lorsqu'il fait appel à un tiers pour fournir la prestation due, peut se prémunir contre le péril que constitue pour lui une éventuelle responsabilité résultant du fait de

---

<sup>530</sup> Sur le fait que la raison d'être d'une responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui réside dans le système même qui appréhende l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 325.

<sup>531</sup> Concernant l'idée selon laquelle le débiteur crée un danger d'inexécution en faisant appel à une tierce personne en relation avec la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1., p. 112, N 330 ss.

l'auxiliaire en obtenant des sûretés conventionnelles de la part de ce dernier<sup>532</sup> ; et, enfin, de celle selon laquelle le fondement cherché se trouve dans le fait que, le débiteur étant celui qui bénéficie matériellement des avantages qui résultent de la participation d'une tierce personne à l'exécution de son obligation, il doit aussi en supporter les désavantages<sup>533</sup>.

375. **Dans les trois cas**, on n'a pas trouvé de correspondance entre la réalisation des états de fait concernés par ces assertions et le régime de la responsabilité du débiteur pour le fait de ses auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO ; on a vu, en outre, que l'absence d'une telle correspondance se justifie. Cela suffit pour admettre qu'aucune de ces trois affirmations n'énonce véritablement la raison d'être de la responsabilité analysée. En effet, si tel était le cas, pourquoi le débiteur devrait-il répondre pour le fait d'autrui lorsque la situation de fait qui donnerait la raison d'être d'une telle responsabilité n'est pas réalisée, et *vice versa*?

376. Sans alourdir la présentation, on peut dire que **le même type de réfutation peut être fait à l'égard d'autres affirmations**, similaires aux trois développées et qui comme celles-ci basent la raison d'être de la responsabilité en cause dans des circonstances factuelles particulières.

377. Ainsi, tel est le cas de l'idée selon laquelle le fondement de la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires à la suite d'une inexécution au sens large se trouve dans le fait que c'est **celui-là, et non le créancier, qui entretient les rapports les plus étroits** avec ceux-ci. Or, dans la cause Hendinger contre Gerschwiler & Co. A.G., l'un des auxiliaires qui ont engagé la responsabilité du débiteur au sens de l'art. 101 al. 1 CO était l'ouvrier du créancier<sup>534</sup>.

378. Par ce genre de raisonnement peut également être réfutée l'assertion suivant laquelle la raison d'être de cette responsabilité réside dans le fait que **le débiteur peut évaluer mieux que le créancier quel est le risque** que ce dernier subisse un dommage en raison de l'emploi d'un auxiliaire et s'assurer contre un tel danger<sup>535</sup>. Par ailleurs, on peut même se demander si, entre les deux parties, le créancier ne se trouve pas, le plus souvent, dans une meilleure situation pour estimer le préjudice qu'il pourrait subir s'il n'obtenait pas la prestation que lui doit le débiteur.

---

<sup>532</sup> S'agissant de l'idée suivant laquelle le débiteur peut exiger des sûretés de la part de la tierce personne à laquelle il fait recourir par rapport à la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.2., p. 115, N 341 ss.

<sup>533</sup> Concernant l'idée selon laquelle le débiteur bénéficie matériellement des avantages résultant de l'intervention d'un tiers dans l'exécution de sa dette en relation avec la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.3.1., p. 119, N 357 ss.

<sup>534</sup> ATF 91/1965 II 291, JdT 1966 I 180.

<sup>535</sup> *Contra* WEBER 2, N 10 *ad* art. 101 CO ; KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*, N 33.



379. A certains égards, ce genre d'explications relève d'une conception largement révolue et fondamentalement artisanale de l'économie, dans laquelle, en principe, le débiteur est choisi pour ses compétences personnelles, exécute personnellement ses obligations et ne délègue la charge de l'accomplissement de la prestation due à ses auxiliaires qu'exceptionnellement. **Ces assertions correspondent peu à la réalité de l'économie contemporaine**, dans laquelle la division du travail est omniprésente et indispensable<sup>536</sup>.

380. Compte tenu de ce qui précède et étant donné que la responsabilité du débiteur pour des tiers trouve, en réalité, sa justification dans le système même qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer les effets des obligations<sup>537</sup>, il est opportun de ne plus faire appel à ces affirmations pour exprimer la raison d'être recherchée. En pratique, le cadre idéal pour prendre en compte la présence ou l'absence d'éléments de fait tels que ceux concernés par ces assertions est celui de **l'art. 99 al. 2 et 3 CO**, le troisième alinéa renvoyant notamment aux art. 43 et 44 CO : ainsi, le fait que l'un des auxiliaires qui engage la responsabilité du débiteur au sens de l'art. 101 al. 1 CO soit l'ouvrier du créancier justifie que le débiteur ne réponde pas entièrement du dommage subi par ce dernier<sup>538</sup>.

381. Accessoirement, **ces affirmations peuvent décrire la raison d'être recherchée**, lorsqu'elles représentent une autre manière d'exprimer le fait que le système même qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer les effets des obligations justifie qu'un débiteur réponde des actes de ses auxiliaires. Par exemple, on peut affirmer que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour l'inexécution au sens large résultant des agissements d'une tierce personne réside dans le fait que celui-là ne doit pas seulement jouir des avantages qu'il retire du recours à des auxiliaires mais doit aussi, en contrepartie de cela, en supporter les désavantages, si on comprend cette assertion de la manière suivante : puisque l'ordre juridique lui a concédé la faculté de recourir à un tiers pour exécuter son obligation et qu'il jouit ainsi de cet avantage, le débiteur doit aussi, en contrepartie de cela, réparer le préjudice du créancier résultant de l'inexécution au sens large causée par les actes de la tierce personne à laquelle il a fait appel pour accomplir la prestation due. On reconnaît de la sorte que le fondement cherché se trouve dans le système lui-même qui

---

<sup>536</sup> A propos de l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>537</sup> Sur le fait que la raison d'être d'une responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui réside dans le système même qui appréhende l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 325.

<sup>538</sup> ATF 91/1965 II 291, consid. 4b, p. 298, JdT 1966 I 180, 187. Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 9 *ad* art. 101 CO avec réf.

appréhende la problématique de l'exécution et de l'inexécution au sens large des obligations.<sup>539</sup>

Même comprise ainsi, à la formulation de la raison d'être cherchée d'après laquelle le débiteur ne doit pas seulement jouir des avantages qu'il retire du recours à des auxiliaires mais doit aussi, en contrepartie de cela, en supporter les désavantages, nous préférons celle, plus abstraite, selon laquelle le système même qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer les effets des obligations justifie qu'un débiteur réponde des actes de ses auxiliaires, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, les notions d'avantage et de désavantage sont vagues et difficiles d'emploi. Ainsi, SPIRO dit par rapport au concept d'intérêt qu'on ne peut en tirer aucun principe utilisable en matière de responsabilité (« kann kein brauchbares Haftungsprinzip abgeben »)<sup>540</sup>. Dès lors, ces notions peuvent certes constituer un relais psychologique utile, mais dans la mesure où on peut s'en passer, il est préférable de ne pas s'y référer. Deuxièmement, nous avons l'impression que le fondement recherché réside véritablement dans la cohérence du système même qu'on a retenu dans le titre deuxième du Code des obligations, qu'on l'exprime ainsi ou d'une autre manière.

382. Bien que, comme le dit WEBER, il soit difficile d'établir le fondement dogmatique de la responsabilité du débiteur pour des tiers à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation<sup>541</sup>, il nous paraît qu'une telle raison d'être réside dans l'idée que, l'ordre juridique ayant concédé au débiteur la liberté de choisir les moyens par lesquels fournir la prestation due, notamment de faire appel à des tiers, **on compense cette faculté par la responsabilité** du premier si le créancier, qui ne doit se soucier que de l'obtention de la prestation due, n'est objectivement pas satisfait du fait de la tierce personne<sup>542</sup>. CUENDET développe la même idée en se référant au « principe de la non-transmissibilité de l'obligation »<sup>543</sup>. De manière plus similaire à la justification qui a été préférée ici, SPIRO affirme : « Es verhält sich hier nicht anders als in vielen anderen Fällen, in denen das Gesetz ein bestimmtes Tun zwar gestattet, aber nur um den Preis der Haftung für die Folgen »<sup>544</sup>. De même, VON TUHR considère que « Der Grundgedanke des Art. 101 liegt darin, dass der Gläubiger nicht darunter

---

<sup>539</sup> Concernant l'idée selon laquelle la responsabilité du débiteur pour des tiers compense la faculté pour celui-là de recourir à ces derniers en relation avec la raison d'être de cette responsabilité, cf. le paragraphe II.1.3.2., p. 123, N 367 ss.

<sup>540</sup> SPIRO, § 8 p. 61.

<sup>541</sup> WEBER 2, N 12 *ad* art. 101 CO.

<sup>542</sup> A propos du système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 324. S'agissant des raisons du système légal qui règle les effets des obligations, cf. le paragraphe II.1.4.3., p. 134, N 396 ss.

<sup>543</sup> CUENDET, N 380.

<sup>544</sup> SPIRO, § 13 p. 71.

leiden soll, dass die Erfüllung der Schuldpflicht nicht durch den Schuldner persönlich erfolgt. »<sup>545</sup>

383. Par l'adoption de l'art. 101 al. 1 CO, le législateur fédéral a fait en sorte que le débiteur ne puisse **pas diminuer les occasions d'engager sa responsabilité** en recourant à un tiers pour exécuter son obligation<sup>546</sup>. Autrement dit, l'art. 101 al. 1 CO existe pour assurer au créancier, lorsque celui-ci n'obtient pas ce qui lui est dû, la possibilité d'agir contre le débiteur dans l'hypothèse également où le deuxième a confié l'accomplissement de la prestation due à une tierce personne, car le fait de recourir à un tiers sépare la titularité passive de l'obligation et le risque de commettre une faute.

L'ATF 117/1991 II 563 offre une bonne illustration du système. Un avocat ne viole pas fautivement son devoir de diligence du seul fait qu'il ne procède pas lui-même à la recherche des renseignements nécessaires à l'établissement des faits pertinents en vue de l'inscription d'une hypothèque des artisans et des entrepreneurs, mais en confie le soin à son stagiaire. « Il doit, toutefois, se laisser opposer le comportement de ce dernier en vertu de l'art. 101 al. 1 CO. »<sup>547</sup>

Un autre passage de l'ATF 82/1956 II 525, déjà cité<sup>548</sup>, est intéressant. Le Tribunal fédéral y affirme que le bailleur qui aliène la chose louée et qui transfère le bail à l'acquéreur, se servant ainsi de ce tiers pour exécuter ses obligations contractuelles envers le locataire, ne peut « pas plus se libérer de ses obligations que le débiteur qui se sert d'un tiers au lieu d'agir personnellement. »<sup>549</sup>

384. En définitive, **le but de l'art. 101 al. 1 CO** est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement ; il s'agit aussi de sa limite : en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, l'équité exige que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due ne soit ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là n'avait pas fait intervenir le tiers dans le processus d'exécution mais s'était exécuté personnellement<sup>550</sup>. C'est la raison pour laquelle, comme le disent DESCHENAUX et TERCIER, le débiteur « est jugé sur la diligence qu'il aurait dû observer lui-même s'il n'avait pas eu recours à un auxiliaire »<sup>551</sup>.

---

<sup>545</sup> VON TUHR, *fremdes Verschulden*, p. 227. Dans le même sens BaK-WIEGAND, N 12 *ad* art. 101 CO.

<sup>546</sup> Cf., par exemple, SPIRO, § 14 p. 72 s., et KELLER/SCHÖBI, I, p. 239.

<sup>547</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3a, p. 568.

<sup>548</sup> A propos de l'arrêt dans la cause Cavallini contre Bruni, cf. l'introduction du sous-chapitre II.1.2., notamment N 328.

<sup>549</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 5, JdT 1957 I 239, 245.

<sup>550</sup> Sur l'ampleur équitable de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1.B., notamment N 338.

<sup>551</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 21. Cf. également KELLER/SCHÖBI, I, p. 239 ; CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* art. 101 CO. Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

### 1.4.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes

385. Dans la réglementation de la Convention, l'**art. 79 al. 2 CVIM** énonce une règle spéciale par rapport à celle générale de l'art. 79 al. 1 CVIM. Comme celui-ci, il expose les conditions auxquelles, exceptionnellement, le débiteur est exonéré de l'obligation de réparer le dommage ; mais il les exprime pour une situation particulière, soit celle dans laquelle le débiteur charge un tiers d'exécuter l'une de ses obligations et que cette personne n'accomplit pas bien la prestation due.<sup>552</sup>

386. En adoptant cette disposition spéciale, les auteurs de la Convention ont **voulu notamment éviter un allègement de la responsabilité du débiteur**, qui pourrait résulter d'une lecture erronée de la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>553</sup>.

387. Or, l'**art. 101 al. 1 CO** aussi permet d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un tiers pour exécuter son obligation<sup>554</sup>. Il s'agit d'une première similarité entre les réglementations de la Convention et du droit interne suisse.

388. En outre, l'art. 79 al. 2 CVIM a pour but d'indiquer clairement que, s'il est légitime que le débiteur ait recours à une tierce personne pour que ses obligations soient exécutées, **il ne faut pas qu'il puisse tirer profit de cette délégation** dans le sens que sa responsabilité serait alors réduite par rapport à celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas chargé le tiers de l'exécution. Choisir de faire appel à une tierce personne pour accomplir la prestation due ainsi que les conséquences de ce choix relèvent de la responsabilité du débiteur.<sup>555</sup>

389. **On retrouve ce but à l'art. 101 al. 1 CO**, qui a pour finalité de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement<sup>556</sup>. En effet, l'ordre juridique ayant concédé au débiteur la liberté de choisir les moyens par lesquels fournir la prestation due, notamment de faire appel à des tiers, on compense cette faculté par la responsabilité du premier si le créancier, qui ne

---

<sup>552</sup> Sur l'art. 79 al. 2 CVIM en tant que règle spéciale par rapport à celle générale de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 190.

<sup>553</sup> Sur la compréhension erronée de la responsabilité du débiteur pour les agissements d'un tiers indépendant, qui pourrait résulter de la version en anglais de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 191.

<sup>554</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO en tant que règle de droit permettant d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 383.

<sup>555</sup> A propos du but de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 192.

<sup>556</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

doit se soucier que de l'obtention de la prestation due, n'est objectivement pas satisfait du fait de la tierce personne<sup>557</sup>.

390. Enfin, dans les deux réglementations, s'il ne faut pas que le débiteur exploite au plan de la responsabilité le fait qu'il a délégué l'exécution de son obligation, en tout ou en partie, à une tierce personne, **il ne faut pas non plus que le créancier en profite** dans le sens que le débiteur répondrait d'un acte du tiers qui toutefois n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même<sup>558</sup>. En matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, l'équité exige que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due ne soit ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là n'avait pas fait intervenir le tiers dans le processus d'exécution mais s'était exécuté personnellement.

391. Il apparaît donc que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers est **fondamentalement la même** dans la réglementation de la Convention et en droit interne suisse.

392. On verra que les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens ne reprennent pas expressément l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>559</sup>. Néanmoins, lorsque le débiteur fait appel à un tiers pour exécuter l'une de ses obligations, il n'y a pas de différences quant au résultat juridique selon qu'on applique l'art. 79 al. 2 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>560</sup>.

393. Comme les réglementations de la Convention et des Principes sur ce point correspondent au plan matériel, on peut supposer que la raison d'être analysée est **la même dans les réglementations des Principes d'UNIDROIT** et des Principes européens que dans celle de la Convention, ainsi qu'en droit interne suisse.

394. D'autres dispositions des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens confirment cette supposition de par le fait qu'elles relèvent de la même idée forte que l'on trouve dans la réglementation de la Convention et en droit national suisse, idée selon laquelle on compense la faculté du débiteur de recourir à une tierce personne pour fournir la prestation due par la responsabilité du premier si le créancier n'est objectivement pas satisfait du fait du deuxième.

---

<sup>557</sup> A propos du système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 324.

<sup>558</sup> Pour la limite de la responsabilité du débiteur pour des tiers selon l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 196. A propos de la limite de la responsabilité du débiteur pour des auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>559</sup> Sur le fait que les Principes ne reprennent pas expressément l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 848.

<sup>560</sup> A propos du fait que la situation dans laquelle un débiteur recourt à un tiers pour exécuter son obligation est réglée de la même manière par l'art. 79 al. 2 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 849.

Ainsi, l'**art. 6.1.11 PU** et l'**art. 7:112 PE** indiquent que l'exécution d'une obligation est, en principe, entièrement l'affaire du débiteur de celle-ci<sup>561</sup>. De même, l'**art. 8:107 PE** impute au débiteur les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là en matière de responsabilité, prévoyant que, malgré la délégation au tiers, le débiteur doit, en principe, indemniser le créancier lorsque l'inexécution a été causée par les agissements de la tierce personne qu'il a précédemment chargée d'accomplir la prestation due<sup>562</sup>. Il est, dès lors, indifférent que l'inexécution résulte directement des agissements du débiteur ou de ceux du tiers et, de fait, tout se passe comme si les actes de la tierce personne étaient ceux du débiteur<sup>563</sup>.

395. **En résumé**, la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers est fondamentalement la même dans la réglementation de la Convention, dans celles des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens, et en droit interne suisse.

### 1.4.3. Les raisons du système légal : l'importance de l'existence d'une obligation préalable

396. La synthèse et la comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes proposées dans les paragraphes précédents (II.1.4.1., N 374 ss, et II.1.4.2., N 385 ss) indiquent que la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour l'inexécution au sens large due aux agissements du tiers auquel celui-là a fait appel pour que sa dette soit exécutée réside dans le système même qui règle les effets des obligations : l'ordre juridique ayant concédé au débiteur la liberté de choisir les moyens par lesquels fournir la prestation due, notamment de faire appel à des tiers, on compense cette faculté par la responsabilité du premier si le créancier, qui ne doit se soucier que de l'obtention de la prestation due, n'est objectivement pas satisfait du fait de la tierce personne. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut, encore, se demander quelles sont **les raisons qui justifient la mise en place d'un tel système légal**.

397. On peut trouver **une première raison, plutôt théorique, dans la nature dynamique de l'obligation**. Toute obligation implique une prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier<sup>564</sup>. Ainsi, celui-là assume la garantie de ce qu'il doit et celui-ci a le droit de réclamer la prestation qui lui est

---

<sup>561</sup> Sur les art. 6.1.11 PU et 7:112 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 659.

<sup>562</sup> A propos de l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 657.

<sup>563</sup> Sur le fait qu'en matière de responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui selon les Principes tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 854.

<sup>564</sup> Pour une définition de l'« obligation », cf. l'Introduction, notamment n. 2. Pour ce qu'on entend par « prestation », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

due<sup>565</sup>, ou au moins une compensation s'il ne peut plus l'obtenir, s'il ne le peut qu'imparfaitement ou s'il ne l'a obtenue qu'imparfaitement<sup>566</sup>. Autrement dit, toute obligation tend à l'exécution et vise de la sorte à produire un résultat juridique, c'est-à-dire l'obtention de la prestation due par le créancier<sup>567</sup>. Il est alors normal de mettre, avant tout, l'accent sur la réalisation ou moins de ce résultat<sup>568</sup>, et de ne s'intéresser au processus qui aurait dû mener au résultat promis qu'en l'absence d'une bonne exécution. Le renversement du fardeau de la preuve de la faute du débiteur est l'expression la plus marquante de l'influence du caractère dynamique de l'obligation sur le système légal qui appréhende les effets de celle-ci<sup>569</sup>. CUENDET aussi, en se référant à Jan VAN RYN, motive les spécificités de la réglementation en matière de responsabilité dite contractuelle par le fait qu'une obligation existe<sup>570</sup>.

398. Par ailleurs, étant donné que toute obligation tend à l'obtention d'un résultat juridique par le créancier, à savoir sa bonne exécution, lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, ce dernier répond nécessairement parce que ce résultat n'a pas été atteint. On retrouve de la sorte **l'idée d'une responsabilité de résultat tempérée** par la possibilité d'une preuve libératoire de la part du débiteur, ou, en suivant les commentateurs de la Convention, d'une « modifizierte Erfolgshaftung »<sup>571</sup>.

399. Le système légal s'explique également par **d'autres raisons, plus pratiques**, mais néanmoins liées à l'existence même d'un rapport d'obligation préalable.

400. Le choix de regarder d'abord si la prestation que le créancier a reçue (ou peut encore recevoir) correspond à la prestation due se justifie aussi par le fait que, le plus souvent, il est possible de fournir régulièrement la prestation due par plusieurs processus, sans préjudice pour les intérêts légitimes du créancier. Il est alors **plus économique et donc préférable de laisser le débiteur libre de choisir** la manière d'exécuter son obligation (y compris d'en confier l'exécution à un tiers) et d'évaluer sa situation juridique en fonction d'abord de la comparaison entre le résultat produit et celui promis. BECQUÉ

---

<sup>565</sup> Pour une définition du « droit de créance », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

<sup>566</sup> A propos de l'idée de *l'assumpsit*, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 313.

<sup>567</sup> Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>568</sup> A propos de l'obtention de la prestation due en tant qu'élément déterminant en matière de responsabilité pour violation d'une obligation, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 314.

<sup>569</sup> Sur le rapport entre le renversement du fardeau de la preuve de la faute du débiteur et l'existence d'une obligation préalable, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 313.

<sup>570</sup> CUENDET, N 388. Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'Introduction, notamment n. 41.

<sup>571</sup> A propos de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention en tant que « modifizierte Erfolgshaftung », cf. le paragraphe I.2.1.2., notamment N 253.

rappelle que « [l']intérêt juridique du créancier dans le rapport obligatoire consiste normalement non dans une prestation envisagée subjectivement, mais dans une valeur objective, fongible, considérée dans sa matérialité économique, et le débiteur est libéré dès que cette valeur est fournie, la preuve en est qu'en principe le paiement peut être effectué par un tiers. »<sup>572</sup>

401. Cela vaut d'autant plus que, en général, entre les deux parties au rapport d'obligation, **c'est le débiteur qui est le plus « proche » de l'exécution matérielle** de l'obligation<sup>573</sup>. Ainsi, le plus souvent, il est la personne la plus compétente et donc la plus apte à faire des choix sur la manière d'accomplir la prestation due. De même, par rapport au créancier, il est également celui qui est, de fait, le plus impliqué dans le processus d'exécution et qui donc conditionne davantage celui-ci par ses décisions. Sa position peut être même telle qu'en pratique il soit impossible de le contraindre à adopter un certain comportement, voire même de vérifier s'il a respecté les éventuelles instructions du créancier lors de l'accomplissement de la dette, si ce n'est en jugeant à partir du résultat produit, par exemple par une expertise.

402. Il résulte de ce qui précède que le système légal qui traite de l'exécution et de l'inexécution des obligations s'explique tant par des justifications théoriques que pratiques. Toutes ces raisons sont liées au fait que la réglementation en cause s'applique **lorsqu'il existe un rapport d'obligation préalable**.

403. **La responsabilité dite contractuelle a donc un fondement qui lui est propre** et qui la distingue de la responsabilité pour acte illicite : celle-ci sanctionne le franchissement des limites que l'ordre juridique (devoirs généraux au sens de l'art. 41 al. 1 CO) ou les bonnes moeurs (art. 41 al. 2 CO) imposent à chacun envers tous, alors que celle-là résulte d'un rapport particulier, le plus souvent un contrat, dont dérivent des obligations qui vont généralement au-delà des devoirs généraux<sup>574</sup>. Ainsi, la responsabilité délictuelle ne présuppose pas l'existence d'un rapport d'obligation préalable.

**Exemple :** C'est notamment en raison de l'existence d'un rapport d'obligation préalable qu'il se justifie de qualifier la responsabilité du débiteur pour l'inexécution au sens large d'une obligation de responsabilité de résultat tempérée par la possibilité d'une preuve libératoire<sup>575</sup>. Une telle qualification n'est pas envisageable pour la responsabilité résultant d'un acte illicite.

404. On en déduit que, comme les fondements ne sont pas les mêmes, les similarités qui existent entre la responsabilité dite contractuelle et la responsa-

<sup>572</sup> BEQUÉ, *autrui*, p. 267.

<sup>573</sup> SPIRO traite largement de la meilleure position du débiteur par rapport à celle du créancier, cf. SPIRO, § 14, p. 71 ss. Dans le même sens VON TUHR/ESCHER, § 69 V, p. 117 ; BUCHER, p. 346 n. 70 ; JANSER, p. 41.

<sup>574</sup> CR-THÉVENOZ, N 9 et 17 *ad* introduction aux art. 97-109 CO.

<sup>575</sup> Sur le lien entre l'existence d'un rapport d'obligation préalable et l'idée d'une responsabilité de résultat tempérée par la possibilité d'une preuve libératoire, cf. *supra*, notamment N 398.



bilité délictuelle ne sont **pas des homologues, mais uniquement des analogies**. Ces dernières concernent essentiellement les notions de préjudice et de lien de causalité<sup>576</sup>, alors que l'inexécution d'une obligation et la faute contractuelle se distinguent de l'acte illicite et de la faute délictuelle<sup>577</sup>. On y reviendra dans la suite de cette étude, notamment s'agissant des concepts de faute contractuelle (II.2., N 434 ss) et d'inexécution d'une obligation (IV.1., N 960 ss).

405. Le législateur fédéral a, ainsi, eu raison de prévoir à l'**art. 99 al. 3 CO** une application uniquement « par analogie »<sup>578</sup> des « règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites »<sup>579</sup> « aux effets de la faute contractuelle »<sup>580, 581</sup>.

406. De même, il est **inapproprié** de définir la responsabilité contractuelle comme une forme spéciale de responsabilité délictuelle<sup>582</sup>, à l'image des dispositions sur les contrats spéciaux, qui sont, elles, des véritables règles spéciales par rapport aux dispositions générales du droit des contrats. Ainsi, GAUCH, SCHLUEP et REY soutiennent, à raison, que l'on va trop loin lorsqu'on affirme que toute inexécution au sens large d'une obligation est également illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO<sup>583</sup>.

#### 1.4.4. Critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO

407. On a vu que, par l'adoption de l'art. 101 al. 1 CO, le législateur fédéral a fait en sorte que le débiteur ne puisse pas diminuer les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un tiers pour exécuter son obligation<sup>584</sup>. Autrement dit, le but de cette disposition est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à une tierce personne mais s'en était occupé personnellement<sup>585</sup>. Or, l'**art. 101 al. 2 et 3 CO rompt avec ces idées** à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation, parce qu'il permet au débiteur d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour le fait de ses

---

<sup>576</sup> Cf. CR-THÉVENOZ, N 31 *ad* art. 97 CO.

<sup>577</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 9 *ad* introduction aux art. 97-109 CO.

<sup>578</sup> En allemand, « entsprechende Anwendung » ; en italien, « per analogia ».

<sup>579</sup> En allemand, « Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen » ; en italien, « disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti ».

<sup>580</sup> En allemand, « auf das vertragswidrige Verhalten » ; en italien, « agli effetti della colpa contrattuale ».

<sup>581</sup> Sur les différences en matière de fixation de l'indemnité, cf. notamment TERCIER, *fixation*, p. 193.

<sup>582</sup> Apparemment de cet avis TERCIER, *obligations*, N 1078 et 1085.

<sup>583</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2925. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2935.

<sup>584</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO en tant que règle de droit permettant d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 383.

<sup>585</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres actes en vertu de l'art. 100 CO.

A. *Des règles de droit dépassées*

408. **L'absence de symétrie** entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO **s'explique essentiellement par des raisons historiques**<sup>586</sup>. Elle est l'expression d'une conception fondamentalement artisanale de l'économie, dans laquelle, en principe, le débiteur est choisi pour ses compétences personnelles, exécute personnellement ses obligations et ne délègue la charge de l'accomplissement de la prestation due à ses auxiliaires qu'exceptionnellement.

409. Comme une telle conception est aujourd'hui largement révolue, cette absence de symétrie est **contestée, à raison, depuis longtemps en doctrine**<sup>587</sup>.

410. En effet, il n'y a pas d'argument légitime pour qu'un débiteur puisse s'exonérer de la responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres agissements, alors qu'il est, en principe, libre de choisir les moyens par lesquels accomplir la prestation due, notamment de décider s'il veut ou non faire appel à des tiers et, le cas échéant, de quelle manière, et que le créancier ne devrait se soucier que de l'obtention de ce qui lui est dû<sup>588</sup>. La possibilité offerte au débiteur par l'art. 101 al. 2 et 3 CO d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement de ce qu'il le peut pour ses propres actes en vertu de l'art. 100 CO se justifie d'autant moins que, vraisemblablement, le recours par le débiteur à des tiers lors de l'exécution d'une obligation n'est statistiquement plus l'exception, mais la règle<sup>589</sup>. Comme l'indique PETITPIERRE, « L'entreprise contemporaine est presque toujours le lieu de la mise en commun de capacités nombreuses et variées organisées de façon hiérarchique. La division du travail est une **condition** de son succès. [Le créancier n'a] aucune possibilité d'intervention ni de contrôle dans cette organisation. »<sup>590</sup> Or, **l'on voit difficilement une entreprise** mettre en place une structure, « proposer des services et en même temps s'exculper de toute faute. »<sup>591</sup>

411. De manière similaire, **les auteurs de l'Avant-projet** de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont

---

<sup>586</sup> SPIRO, § 97 p. 365.

<sup>587</sup> Cf., par exemple, GUHL/KOLLER, § 31 N 40, et PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 355.

<sup>588</sup> A propos du système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 324.

<sup>589</sup> A propos de l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>590</sup> PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 355.

<sup>591</sup> GUGGENHEIM, *pratique bancaire suisse*, p. 116.

proposé l'abandon de la distinction entre responsabilité pour son propre fait et responsabilité pour le fait d'autrui à l'art. 57 AP; dans leurs intentions, cette disposition est destinée à s'appliquer également aux cas de responsabilité qui relèvent des art. 97 ss CO, conformément au renvoi de l'art. 99 al. 3 AP<sup>592</sup>.

412. D'ailleurs, l'on verra que, si la Convention ne régit pas la validité des clauses contractuelles conclues par les parties en matière de responsabilité résultant de l'inexécution, en conformité avec l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM<sup>593</sup>, **les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens** innoveront en traitant notamment de la validité des clauses exonératoires, c'est-à-dire de toute clause contractuelle excluant ou limitant les moyens accordés par les deux instruments d'harmonisation en cas d'inexécution, respectivement à l'art. 7.1.6 PU et à l'art. 8:109 PE<sup>594</sup>. Ils ne prévoient alors aucune distinction selon que l'inexécution est due aux agissements du débiteur lui-même ou de ses auxiliaires<sup>595</sup>.

413. Bien qu'il n'ait pas directement remis en question l'absence de symétrie des art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO, **le Tribunal fédéral devient, de fait, de plus en plus critique** à l'égard de cette deuxième disposition.

414. Ainsi, l'arrêt du 7 octobre 1997 dans la cause X. AG c. Y. indique que, pour qu'on admette une exclusion de responsabilité pour auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 2 CO, il faut que le débiteur déclare clairement dans une clause contractuelle qu'il exclut ou limite sa responsabilité du fait des auxiliaires appelés à remplir ses obligations contractuelles<sup>596</sup>. On ne peut pas déduire une telle exclusion de responsabilité de « banalités » formulées de façon générale: par exemple, de la clause selon laquelle une société de courtage opérant dans l'achat et la vente d'options à terme négociées en bourse ne répond pas des variations de cours, ou ne garantit pas de gain<sup>597</sup>. En posant des **exigences élevées en matière de formulation** d'une clause exclusive ou limitative de la responsabilité pour auxiliaires, le Tribunal fédéral refuse d'admettre la conclusion d'une telle clause dans les situations peu claires et, ce faisant, se montre hostile vis-à-vis de la grande liberté que l'art. 101 al. 2 et 3 CO accorde au débiteur.

415. Un deuxième arrêt, plus récent, du 24 avril 2006 dans la cause Banque X. SA c. époux Y., est encore plus intéressant, parce que **le Tribunal fédéral n'y distingue pas** selon que l'inexécution est due aux agissements du débiteur lui-

---

<sup>592</sup> Cf. CHAPPUIS, in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 381.

<sup>593</sup> S'agissant des aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3., p. 45, N 131 ss.

<sup>594</sup> Concernant les innovations des Principes en matière d'aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution, cf. le paragraphe III.1.3.3.A., p. 261, N 757 s.

<sup>595</sup> Sur le critère selon lequel on juge de la validité des clauses exonératoires en vertu des art. 7.1.6 PU et 8:109 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., notamment N 760.

<sup>596</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3c, p. 165, JdT 1999 I 125, 134 s.

<sup>597</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3c, p. 165, JdT 1999 I 125, 134.

même ou de ses auxiliaires<sup>598</sup>. La Haute Cour y traite de la responsabilité de la banque à l'égard de clients pour l'exécution d'ordres frauduleux donnés par une personne non autorisée, à savoir par la gérante, externe à la Banque X., des avoirs confiés à celle-ci par les époux Y. Or, lors de l'ouverture du compte, ces derniers ont adhéré à une clause de transfert de risque prévoyant que le dommage résultant d'un faux non décelé était, sauf faute grave de la banque, à leur charge. Le Tribunal fédéral constate notamment deux fautes contractuelles. Il se pose alors la question de savoir si la banque répond de celles-ci ou si elle peut se prévaloir de la clause de transfert de risque.

416. Premièrement, le 12 juillet 2001, la gérante téléphona à une « collaboratrice de la banque »<sup>599</sup> qu'elle connaissait. Elle ordonna trois transferts au débit du compte des époux Y., aux montants de deux fois USD 25'000 et une fois USD 60'000; elle annonçait la remise d'une confirmation signée du client. Ces ordres furent exécutés sans délai et donc sans confirmation des époux Y. On renonça aux précautions que la banque applique normalement dans ses relations avec les gérants externes en raison de la confiance immodérée dont bénéficiait la gérante. Le Tribunal fédéral y voit une faute légère<sup>600</sup>. Or, en cas de faute légère, la validité d'une clause de transfert de risque en faveur d'une banque dépend de la question de savoir si la faute a été commise par un organe ou un auxiliaire, ce que la Haute Cour elle-même rappelle: dans la première hypothèse, le juge peut tenir la clause pour nulle (art. 100 al. 2 CO), en faisant application de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC); dans la deuxième hypothèse, ce pouvoir d'appréciation n'existe pas et la clause est applicable sans restriction (art. 101 al. 3 CO)<sup>601</sup>. En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que « l'équité n'autorise pas la banque à invoquer la clause de transfert de risque »<sup>602</sup>. Il applique donc l'art. 100 al. 2 CO, mais sans l'explicitier, en particulier sans préciser pourquoi l'art. 101 al. 3 CO n'entre pas en ligne de compte. Pourtant, il n'est **pas évident que la négligence ait été commise par un organe de la Banque X.**: la seule personne que le Tribunal fédéral mentionne par rapport à l'exécution des ordres donnés le 12 juillet est la « collaboratrice » qui reçut l'appel téléphonique de la gérante et, vraisemblablement, y donna suite. Le Tribunal fédéral n'indique pas si cette « collaboratrice » agissait en tant qu'organe ou auxiliaire de la banque, alors que cette deuxième hypothèse est plus que vraisemblable.

417. Deuxièmement, le 19 juillet 2001, par télécopie, la gérante adressa à la banque les avis de débit consécutifs aux transferts du 12 du même mois,

<sup>598</sup> ATF 132/2006 III 449.

<sup>599</sup> ATF 132/2006 III 449, p. 451.

<sup>600</sup> ATF 132/2006 III 449, consid. 4, p. 454.

<sup>601</sup> ATF 132/2006 III 449, consid. 2, p. 452 s.

<sup>602</sup> ATF 132/2006 III 449, consid. 4, p. 454.

apparemment contresignés par Y. Ce même jour et par le même moyen, elle transmet un nouvel ordre de transfert au montant de USD 100'000, portant également la signature de Y. mais dépourvu de date. Cet ordre fut lui aussi exécuté, alors qu'il aurait fallu se rendre compte que les signatures des quatre documents n'étaient que des reproductions à partir d'un spécimen unique. Le Tribunal fédéral y voit une faute supplémentaire. Par un raisonnement similaire à celui tenu par rapport à la première faute, il retient que la banque ne peut pas, « en équité, se prévaloir de la clause de transfert de risque. »<sup>603</sup> A nouveau, il fait application de l'art. 100 al. 2 CO. Pourtant, dans une banque, un organe n'a que rarement le temps de vérifier la signature d'ordres de transfert ; **cette tâche est accomplie plutôt par des auxiliaires**, à l'aide le cas échéant d'appareils électroniques.

418. **En résumé**, les négligences reprochées à la Banque X. semblent pouvoir être le fait d'auxiliaires. Cependant, le Tribunal fédéral ne discute pas cet élément qui aurait pu jouer un rôle dans la résolution du litige, alors qu'il considère que les fautes sont légères.

419. L'art. 101 al. 2 et 3 CO semble céder le pas devant l'art. 100 CO. Le moment est, peut-être, venu pour le Tribunal fédéral de **mettre fin à l'absence de symétrie** entre ces deux dispositions, comme le préconise la doctrine. Sa jurisprudence a, de fait, déjà préparé le terrain pour ce changement.

### *B. Indications pour des nouvelles règles de droit*

420. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (II.1.4.4.A., N 408 ss), l'absence de symétrie entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO ne se justifie pas. Dès lors, il est opportun de préciser dans quelle (nouvelle) étendue un débiteur doit pouvoir exclure ou limiter conventionnellement sa responsabilité, notamment pour le fait de ses auxiliaires. **Ce paragraphe** a pour but de donner quelques éléments de réponse sur cette question.

421. Entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO, ce n'est pas la première, mais cette deuxième disposition qui rompt avec les idées à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation, du fait qu'elle permet au débiteur d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres actes en vertu de l'art. 100 CO<sup>604</sup>. Il est alors cohérent avec la logique du système réglant les effets de l'inexécution au sens large des obligations de **renoncer aux règles de droit actuelles de l'art. 101 al. 2 et 3 CO** et

---

<sup>603</sup> ATF 132/2006 III 449, consid. 4, p. 455.

<sup>604</sup> A propos de la rupture entre l'art. 101 al. 2 et 3 CO et les idées à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.4.4., notamment N 407.

déterminer les limites de la liberté contractuelle en matière d'exclusion de la responsabilité du débiteur, notamment pour des auxiliaires, en s'inspirant de l'art. 100 CO<sup>605</sup>.

422. A l'image de cette disposition, l'on peut distinguer **deux hypothèses**. Dans l'une, générale, il est relativement simple de préconiser une nouvelle solution juridique ; dans l'autre, particulière, plus délicat.

423. L'**art. 100 al. 1 CO** pose une règle générale en matière de conventions exclusives ou limitatives de la responsabilité du débiteur, mais dans l'intention du législateur uniquement pour la responsabilité résultant du fait personnel de celui-là : la clause contractuelle est valable, à moins qu'elle exclut ou limite la responsabilité personnelle du débiteur pour dol ou faute (contractuelle) grave<sup>606</sup>. Compte tenu de ce qui précède, il est légitime de **retenir cette règle sans plus différencier** entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui<sup>607</sup>.

424. Sans s'éloigner inutilement de la teneur actuelle de l'art. 100 al. 1 CO, la **nouvelle règle générale** pourrait être formulée de la manière suivante :

- *Est nulle toute stipulation tendant à exclure ou à limiter d'avance la responsabilité du débiteur pour dol ou faute contractuelle grave, sans distinction selon les causes pour lesquelles l'inexécution est imputable au débiteur, en particulier indépendamment de ce que celle-ci soit due aux agissements personnels de ce dernier ou à ceux d'auxiliaires.*

425. L'**art. 100 al. 2 CO** pose une règle particulière pour les cas dans lesquels la convention exclusive ou limitative de la responsabilité du débiteur a été acceptée par un créancier occupant une position de dépendance : au moment de l'adoption de la clause, le créancier est au service du débiteur ou celui-ci exerce une activité concédée par l'autorité ou exploite une banque (activité soumise à surveillance)<sup>608</sup>. De la même manière que l'art. 100 al. 1 CO<sup>609</sup>, cette disposition vaut dans l'intention du législateur uniquement pour la responsabilité résultant du fait personnel du débiteur. Elle prévoit que, même en cas de faute (contractuelle) légère, le juge peut tenir la clause contractuelle pour nulle, en faisant application de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). En revanche, ce pouvoir d'appréciation n'existe pas et la convention est valable sans autre, si, dans la situation envisagée, il est convenu d'une clause qui exclut ou limite la

---

<sup>605</sup> Dans le même sens PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 355. S'agissant des raisons du système légal qui règle les effets des obligations, cf. le paragraphe II.1.4.3., p. 134, N 396 ss.

<sup>606</sup> TERCIER, *obligations*, N 1160.

<sup>607</sup> Notamment PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 355.

<sup>608</sup> TERCIER, *obligations*, N 1161 avec réf.

<sup>609</sup> Sur l'art. 100 al. 1 CO, cf. *supra*, notamment N 423.

responsabilité du débiteur pour faute contractuelle légère des auxiliaires de ce dernier (art. 101 al. 3 CO).<sup>610</sup>

426. On peut se demander si la disposition qui devrait appréhender cette situation particulière sans plus distinguer entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui doit suivre le modèle de l'art. 100 al. 2 CO et donner au juge un pouvoir d'appréciation, ou plutôt **prévoir une règle stricte qui dispose une nullité *ex lege***. Dans l'optique du législateur, ce choix « est celui de la souplesse, au prix de la sécurité, ou de la sécurité, au prix de la rigidité »<sup>611</sup>. Selon PETITPIERRE, « la sécurité devrait se voir donner la préférence en raison de la nature, du nombre et des enjeux des litiges concernés. »<sup>612</sup> L'avis est convaincant.

427. En pratique, une telle sévérité plus grande que ce qui est actuellement prévu par l'art. 100 al. 2 CO n'aurait que peu de conséquences, parce que, **de fait, les juges, notamment le Tribunal fédéral, en font déjà preuve**. En effet, en application du pouvoir d'appréciation prévu par la loi, en présence d'une faute, la jurisprudence a, toujours ou presque toujours, tenu pour nulle la clause contractuelle dont il s'agissait d'évaluer la validité au regard de l'art. 100 al. 2 CO.

**Exemple 1 :** Dans l'ATF 132/2006 III 449, il est question de savoir qui, entre une banque et des clients de celle-ci, doit supporter le dommage résultant de l'exécution d'ordres frauduleux donnés par la gérante, externe à la banque, des avoirs confiés à cette dernière par les clients. Or, par une application analogique de l'art. 100 al. 2 CO, le Tribunal fédéral exerce son pouvoir d'appréciation et tient pour nulle une clause de transfert de risque prévoyant que le dommage résultant d'un faux non décelé est, sauf faute grave de la banque, à la charge des clients de celle-ci. Il justifie son appréciation par le fait que le préjudice est « consécutif à ce qui est une simple préférence » de la part de la banque, qui renonça aux précautions qu'elle applique normalement dans ses relations avec les gérants externes en raison de la confiance immodérée dont bénéficiait la gérante<sup>613</sup>. Autrement dit, le motif qui fonde, en équité, la nullité se confond avec les fautes contractuelles que le Tribunal fédéral impute à la banque.

**Exemple 2 :** De même, dans l'ATF 112/1986 II 450, la question se pose de savoir qui, entre une banque et un client de celle-ci, doit supporter le dommage résultant du fait que la banque a versé à des tiers non autorisés, c'est-à-dire aux fils du client, les fonds que ce dernier lui avait confiés. En vertu de l'art. 100 al. 2 CO appliqué par analogie, le Tribunal fédéral exerce son pouvoir d'appréciation et tient pour nulle une clause de transfert de risque prévoyant que « le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est, à la

---

<sup>610</sup> Sur les règles de droit des art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4.A., notamment N 416.

<sup>611</sup> PETITPIERRE, *conventions exclusives*, p. 356.

<sup>612</sup> PETITPIERRE, *ibidem*.

<sup>613</sup> ATF 132/2006 III 449, consid. 4, p. 454 s.

charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque. »<sup>614</sup> Il base son appréciation sur le fait que « sans raison valable, [la banque] a fait taire ses doutes et a permis que le plus clair de la fortune de son client soit remis aux fils de ce dernier et, conséquemment, exposé au danger de disparition, alors que le risque que courait le [client], aux dires de ses fils, pouvait facilement être écarté autrement et sans péril pour l'intéressé. »<sup>615</sup> A nouveau, le motif qui fonde, en équité, la nullité se confond avec la faute contractuelle que le Tribunal fédéral impute à la banque.

428. Sans s'écarter inutilement de la teneur actuelle de l'art. 100 al. 2 CO et en tenant compte de la nouvelle règle générale proposée<sup>616</sup>, la **nouvelle règle spéciale**, pour l'hypothèse particulière dans laquelle le créancier occupe une position de dépendance vis-à-vis du débiteur, pourrait être formulée de la manière suivante:

- *Cependant, si le créancier occupait une position de dépendance vis-à-vis du débiteur au moment de conclure la convention, notamment si le créancier se trouvait au service de celui-ci ou si ce dernier exerçait une activité concédée par l'autorité, est également nulle toute stipulation tendant à exclure ou à limiter d'avance la responsabilité du débiteur pour faute contractuelle légère [, sans distinction selon les causes pour lesquelles l'inexécution est imputable au débiteur, en particulier indépendamment de ce que celle-ci soit due aux agissements personnels de ce dernier ou à ceux d'auxiliaires].*

429. On notera que **les auteurs de l'Avant-projet** de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) **ont proposé les mêmes règles de droit**, tout en les justifiant sur d'autres bases (cf. l'art. 57 al. 2 let. a à c AP)<sup>617</sup>.

430. Les modifications législatives proposées dans ce paragraphe **s'adressent principalement au législateur fédéral**. Mais ce dernier s'est montré ces dernières années peu incliné à modifier le droit des obligations.

431. TERCIER affirme que « Si le législateur démissionne, c'est aux tribunaux et à la doctrine de réagir, dans la ligne de l'art. 1 al. 3 du Code civil. Les tribunaux doivent faire preuve de plus de courage et les auteurs multiplier leurs efforts. »<sup>618</sup> Or, il devrait être relativement **facile pour le juge de généraliser la règle de droit prévue par l'art. 100 al. 1 CO** sans plus différencier entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui. Pour justifier ce changement, le tribunal peut s'appuyer sur les principes généraux

<sup>614</sup> ATF 112/1986 II 450, consid. 3, p. 453.

<sup>615</sup> ATF 112/1986 II 450, consid. 3b.

<sup>616</sup> A propos de la règle générale proposée ici en matière de conventions exclusives ou limitatives de la responsabilité du débiteur, cf. *supra*, notamment N 424.

<sup>617</sup> WIDMER/WESSNER, p. 261 s.

<sup>618</sup> TERCIER, *réforme*, p. 38.



en matière de limites de la liberté contractuelle, notamment les art. 19 et 20 CO, ainsi que sur les idées qui fondent le système réglant les effets de l'inexécution au sens large des obligations et le caractère anormal de l'art. 101 al. 2 et 3 CO dans ce système.

432. En revanche, le juge devrait faire preuve de **plus de courage pour retenir la deuxième règle de droit proposée**, à savoir celle qui vise la situation particulière dans laquelle le créancier occupe une position de dépendance vis-à-vis du débiteur, parce que la norme qui est alors préférable ne correspond ni aux termes de l'art. 101 al. 3 CO, ni surtout à ceux de l'art. 100 al. 2 CO. Néanmoins, tant la jurisprudence que la doctrine ont suffisamment préparé le terrain pour ce changement, qui, comme on l'a vu, concerne plus la loi telle qu'elle est écrite que la loi telle qu'elle est pratiquée, étant donné que le pouvoir d'appréciation prévu par l'art. 100 al. 2 CO est, en pratique, exercé avec beaucoup de sévérité à l'égard du débiteur<sup>619</sup>.

433. Par ailleurs, en raison de cette sévérité, le juge **pourrait même simplement s'inspirer de l'art. 100 al. 2 CO** et laisser au législateur le soin de répondre à la question de savoir si, dans le détail, la disposition qui doit appréhender cette situation particulière sans plus distinguer entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui doit suivre le modèle de l'art. 100 al. 2 CO et donner au juge un pouvoir d'appréciation, ou plutôt prévoir une règle stricte qui dispose une nullité *ex lege*, comme suggéré ici. En effet, pour éviter de choisir, le tribunal pourrait vraisemblablement toujours démontrer que, dans le litige porté devant lui, les deux options conduisent au même résultat pratique.

## 2. La preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires

434. En vertu de l'art. 101 al. 1 CO, **le débiteur est responsable du dommage causé par ses auxiliaires**<sup>620</sup>.

435. Cette responsabilité présuppose la réalisation de **six conditions**, dont le créancier supporte le fardeau de la preuve<sup>621</sup> : une obligation, l'inexécution au sens large de celle-ci, un auxiliaire, un rapport de causalité naturelle et adéquate entre le comportement de l'auxiliaire et l'inexécution, un dommage,

---

<sup>619</sup> Sur la sévérité avec laquelle le Tribunal fédéral exerce son pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 100 al. 2 CO, cf. *supra*, notamment N 427.

<sup>620</sup> Cf. WEBER 2, N 5 *ad* art. 101 CO. Pour ce qu'on entend par « auxiliaire », cf. l'introduction du chapitre II.1., notamment N 296.

<sup>621</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 183 *ad* art. 101 CO, et CR-THÉVENOZ, N 31 *ad* art. 101 CO avec réf.

un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'inexécution et le dommage.

436. Toutefois, même lorsque ces conditions sont réalisées, le débiteur dispose **d'une preuve libératoire** pour faire échec à la prétention du créancier, car, même si la loi ne prévoit pas de preuve libératoire au sens usuel<sup>622</sup>, le débiteur peut se libérer de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une de ses obligations à certaines conditions, comme on le verra dans le présent chapitre. L'expression de preuve libératoire sera utilisée dans cette optique.

437. **Dans ce chapitre**, l'on traitera d'abord de la preuve libératoire dont dispose le débiteur lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique en général (II.2.1.) ; ensuite, l'on précisera cette preuve dans l'hypothèse la plus fréquente en pratique, c'est-à-dire pour le cas où la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est régie par l'art. 97 al. 1 CO (II.2.2.), avant de préciser la nature juridique de la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO (II.2.3.). Enfin, une synthèse, une comparaison et des considérations finales suivront l'analyse (II.2.4.).

## 2.1. La preuve libératoire en général

438. Avant tout, il est opportun d'identifier la preuve libératoire dont dispose le débiteur lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, **en général**.

439. En particulier, **les développements qui suivent sont pertinents uniquement si** les parties au rapport d'obligation ne dérogent pas (par hypothèse, valablement<sup>623</sup>) au système légal en prévoyant un niveau de responsabilité en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires qui soit autre (plus ou moins élevé) que celui qui vaut pour la responsabilité du débiteur pour son propre fait.

440. On notera qu'une telle convention contrevient au but de l'art. 101 al. 1 CO, qui est d'assimiler au régime de responsabilité applicable au fait personnel du débiteur les situations dans lesquelles ce dernier fait appel à un tiers pour exécuter son obligation<sup>624</sup>. Le système bipartite du droit interne suisse se fonde de la sorte sur un parallélisme existant entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour ses auxiliaires, dans le sens que l'étendue de la responsabilité est, *mutatis mutandis*, la même dans les deux hypothèses. **Ce**

---

<sup>622</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le sous-chapitre II.2.3., p. 176, N 516 ss.

<sup>623</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>624</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

**parallélisme n'est, en principe, pas mis en question lorsque les parties au rapport d'obligation modifient, conventionnellement, la mesure de la responsabilité.** En effet, si par exemple elles conviennent d'une diligence spéciale adaptée à leur propre sens de l'équité, elles veulent que tant le débiteur que ses auxiliaires agissent avec la diligence promise, de sorte que le parallélisme lui-même n'est pas remis en discussion.

441. Toutefois, il est possible **qu'exceptionnellement les parties décident de deux niveaux de responsabilité** différents, l'un pour la responsabilité du débiteur pour son fait personnel et l'autre concernant celle pour ses auxiliaires. Etant donné qu'elles dérogent alors à l'un des fondements du système bipartite lui-même, l'on ne saurait admettre une volonté commune en ce sens que si celle-ci a été clairement manifestée<sup>625</sup>.

### 2.1.1. Le critère en général

442. L'analyse de la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers conduite dans le chapitre précédent (II.1., N 293 ss) a permis de mettre en évidence que le but de l'art. 101 al. 1 CO est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement: en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, on satisfait le sentiment de la justice si le système est tel que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due n'est ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là ne faisait pas intervenir le tiers dans le processus d'exécution mais s'exécutait personnellement<sup>626</sup>.

443. En conformité avec cette finalité, lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, c'est-à-dire lorsqu'un débiteur recourt à une tierce personne dans l'exécution de l'obligation qui le lie au créancier, le **débiteur ne peut pas se libérer** de sa responsabilité pour ses auxiliaires à la suite de l'inexécution (au sens large) d'une obligation **en prouvant qu'il n'a pas commis de faute**<sup>627</sup>. En particulier, il doit répondre de l'activité de son auxiliaire alors même qu'il ne pouvait prévoir que ce dernier lui causerait du tort et bien qu'aucun reproche ne puisse lui être fait de se l'être adjoint<sup>628</sup>.

---

<sup>625</sup> Cf. l'ATF 124/1997 III 155, consid. 3c, p. 165, JdT 1999 I 125, 134 s.; ainsi que le paragraphe II.1.4.4. A., notamment N 414.

<sup>626</sup> A propos du but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>627</sup> ATF 117/1991 II 65, consid. 2b, p. 67 *in fine*; 90/1964 II 15, consid. 3d, p. 21, JdT 1964 I 554, 559; ainsi que WEBER 2, N 6 et 136 *ad art.* 101 CO; CR-THÉVENOZ, N 2 et 25 *ad art.* 101 CO avec réf.; BaK-WIEGAND, N 2 et 12 *ad art.* 101 CO avec réf.

<sup>628</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 6, p. 534, JdT 1957 I 239, 246.

444. De même, il **ne peut pas s'exonérer** de cette responsabilité **de la même façon que l'employeur** recherché sur la base de l'art. 55 al. 1 CO<sup>629</sup>. Ainsi, il importe peu que le débiteur ait fait preuve de la diligence commandée par les circonstances, notamment dans le choix de son auxiliaire, dans les instructions qu'il a données à ce dernier et dans la surveillance de celui-ci, ou que cette diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire<sup>630</sup>.

445. Le débiteur ne peut pas **non plus s'exonérer en prouvant que l'auxiliaire a violé les instructions** qu'il lui avait données<sup>631</sup>.

446. En effet, si l'on admettait de telles preuves libératoires, tout débiteur **serait mis en condition de diminuer les occasions d'engager sa responsabilité** en recourant à un tiers pour exécuter son obligation<sup>632</sup>.

447. En réalité, pour s'exonérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur doit établir qu'il n'aurait **pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire** l'a fait<sup>633</sup>. Le Tribunal fédéral exprime parfois cette idée, en disant que, lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, le débiteur répond du comportement de l'auxiliaire comme du sien propre<sup>634</sup>.

### 2.1.2. Une preuve libératoire à contenu matériel variable

448. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (II.2.1.1., N 442 ss), pour se libérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur doit prouver qu'il n'aurait pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait. **Cette formulation de la preuve libératoire est de nature fonctionnelle**, dans le sens qu'elle tient, avant tout, compte de la fonction, du rôle, de l'art. 101 al. 1 CO dans le système bipartite de responsabilité du débiteur mis en place par le législateur suisse<sup>635</sup>.

<sup>629</sup> ATF 53/1927 II 233, consid. 4, p. 243, JdT 1927 I 487, 495; 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47; ainsi que BaK-WIEGAND, N 12 *ad* art. 101 CO; CR-WERRO, N 35 *ad* art. 55 CO.

<sup>630</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 136 *ad* art. 101 CO, et CR-THÉVENOZ, N 25 *ad* art. 101 CO avec réf.

<sup>631</sup> WEBER 2, N 138 *ad* art. 101 CO avec réf.; *contra* PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17 avec réf.

<sup>632</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO en tant que règle de droit permettant d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 383.

<sup>633</sup> ATF 92/1966 II 15, consid. 3, p. 18, JdT 1966 I 526 (extr.), 527; ainsi que BECKER, N 14 s. *ad* art. 101 CO; KELLER/SCHÖBI, I, p. 239; OFTINGER/STARK, II, § 20 N 26. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 27 *ad* art. 101 CO.

<sup>634</sup> ATF 113/1987 II 424, consid. 1 b, p. 426; 91/1965 II 291, consid. 2 a, JdT 1966 I 180, 184; 90/1964 II 15, consid. 3 d, p. 21, JdT 1964 I 554, 559; 82/1956 II 525, consid. 5, p. 533, JdT 1957 I 239, 245; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 138 *ad* art. 101 CO, et ENGEL, *Traité*, p. 740.

<sup>635</sup> A propos du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 7.

449. Formulée ainsi, la preuve libératoire ne pose **pas d'exigences matérielles précises**.

450. Cette caractéristique de la preuve libératoire à la disposition du débiteur lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique est due au fait que le rôle de cette disposition n'est pas celui de prévoir un seuil de responsabilité en matière de responsabilité pour des auxiliaires qui soit autre (le cas échéant, plus élevé) que le seuil qui vaut pour la responsabilité du débiteur pour son propre fait, mais plutôt celui d'étendre ce niveau de responsabilité aux situations dans lesquelles le débiteur fait appel à un tiers pour exécuter son obligation<sup>636</sup>. En conformité avec cette finalité, **le contenu matériel de la preuve libératoire** dont dispose un débiteur en matière de responsabilité pour ses auxiliaires **dépend** de celui de la preuve libératoire à la disposition du même débiteur pour ses propres agissements.

451. Ainsi, lorsque le débiteur peut s'exonérer de la responsabilité pour son fait personnel en prouvant qu'il n'a pas commis de faute, il « peut se libérer, conformément à l'art. 101 al. 1 CO, en établissant que s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire [...], **on ne pourrait lui reprocher aucune faute** »<sup>637</sup>. Comme la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose, en principe, une faute du débiteur en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO, cet extrait de jurisprudence énonce la preuve libératoire qui vaut de manière générale lors de l'application de l'art. 101 al. 1 CO. Il en sera question dans le prochain sous-chapitre (II.2.2., N 454 ss).

452. Toutefois, l'extrait de jurisprudence mentionné ci-dessus n'est pas pertinent dans tous les cas de responsabilité du débiteur pour des auxiliaires. En effet, le débiteur répond parfois pour son fait personnel indépendamment d'une faute de sa part (art. 208 al. 2 deuxième phrase CO, art. 447 al. 1 et 448 al. 1 CO, art. 14 al. 1 et 15 al. 1 LVE, art. 487 al. 1 CO, art. 488 al. 3 CO, art. 490 al. 1 CO). Comme dans ces cas particuliers, il ne suffit pas que le débiteur prouve qu'il n'a pas commis de faute pour s'exonérer de sa responsabilité pour son propre fait, il est **également insuffisant, lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique**, que le débiteur établisse qu'on ne pourrait lui reprocher aucune faute s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait.

**Exemple 1 :** En cas de résiliation d'une vente, le vendeur doit réparer le dommage direct subi par l'acheteur en vertu de l'art. 208 al. 2 deuxième phrase CO. Cette disposition instaure une responsabilité contractuelle causale, c'est-à-dire indépendante d'une faute contractuelle<sup>638</sup>. Ainsi, si la livraison défectueuse

---

<sup>636</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>637</sup> ATF 119/1993 II 337, consid. 3 c aa *in fine*.

<sup>638</sup> Cf., par exemple, CR-VENTURI, N 7 *ad* art. 208 CO, et ENGEL, *Contrats*, p. 43 ; ainsi que notamment l'ATF 133/2006 III 257, SJ 2007 I 461.

a été causée par les agissements du vendeur lui-même, ce dernier doit indemniser l'acheteur du dommage qui en résulte directement sans égard à une faute de sa part et même en l'absence de celle-ci<sup>639</sup>. De manière similaire, si la livraison défectueuse est due au fait d'un auxiliaire du vendeur, celui-ci doit réparer le dommage direct subi par l'acheteur même si on ne pourrait lui reprocher aucune faute s'il avait agi comme son auxiliaire l'a fait.

**Exemple 2 :** Lorsqu'un voiturier se charge d'effectuer le transport d'une chose moyennant salaire, sa responsabilité en cas de destruction (totale ou partielle), perte, avarie ou livraison tardive de la chose transportée est fondée sur les art. 447 ss CO. Ces dispositions instituent une responsabilité causale atténuée<sup>640</sup>, dans le sens que celle-ci est en principe engagée dès que survient l'un de ces cas d'inexécution au sens large dans le transport de la chose<sup>641</sup>, mais le voiturier recherché peut opposer des preuves libératoires<sup>642</sup>, notamment prouver que l'inexécution résulte, en réalité, « de circonstances que les précautions prises par un voiturier diligent n'auraient pas pu prévenir » (art. 447 al. 1 CO, applicable à tous les cas d'inexécution au sens large dans le transport de la chose par renvoi de l'art. 448 al. 1 CO<sup>643</sup>)<sup>644</sup>. Or, l'art. 449 CO réaffirme la règle de droit de l'art. 101 al. 1 CO en matière de contrat de transport<sup>645</sup> et indique que le voiturier répond du comportement de son sous-traitant comme s'il s'agissait de sien propre. Il s'inscrit dans la ligne des art. 447 s. CO et n'est pas en soi un chef de responsabilité dérogeant à ces dispositions<sup>646</sup>. En particulier, la responsabilité du voiturier au sens de l'art. 449 CO n'est pas de nature différente : elle est une responsabilité causale atténuée au sens de l'art. 447 al. 1 CO, et non une responsabilité pour faute comme pourrait le laisser penser le texte de l'art. 449 CO (« fautes commises pendant le transport »)<sup>647</sup>. Dès lors, si l'inexécution au sens large dans le transport de la chose résulte des agissements d'un sous-traitant du voiturier, ce dernier ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'on ne pourrait lui reprocher aucune faute (subjective<sup>648</sup>) s'il avait agi comme l'autre l'a fait. Il doit, au contraire, établir la réalisation d'une des preuves libératoires prévue par l'art. 447 al. 1 CO.

**Exemple 3 :** D'après l'art. 14 al. 1 LVF, l'organisateur d'un voyage ou le détaillant partie à un contrat de voyage à forfait « est responsable envers le consom-

<sup>639</sup> TERCIER/FAVRE, N 851.

<sup>640</sup> TERCIER/FAVRE, N 6411 avec réf. ; ENGEL, *Contrats*, p. 593 avec réf. ; CR-MARCHAND, N 1 *ad* art. 447 CO.

<sup>641</sup> CR-MARCHAND, N 34 *ad* art. 447 CO.

<sup>642</sup> TERCIER/FAVRE, N 6420.

<sup>643</sup> Cf., par exemple, CR-MARCHAND, N 1 *ad* art. 448 CO, et TERCIER/FAVRE, N 6420.

<sup>644</sup> TERCIER/FAVRE, N 6422.

<sup>645</sup> ATF 107/1981 II 238, consid. 5b, p. 245, JdT 1982 I 82, 89.

<sup>646</sup> CR-MARCHAND, N 1 *ad* art. 449 CO.

<sup>647</sup> CR-MARCHAND, N 1 et 18 *ad* art. 449 CO.

<sup>648</sup> Sur la nature foncièrement subjective de la notion de faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 464.

mateur de la bonne exécution du contrat ». Cette disposition introduit un régime de responsabilité contractuelle proche de celui qui vaut pour les contrats de transport (illustré dans l'exemple précédent)<sup>649</sup>. Ici également, il s'agit d'une responsabilité causale atténuée, dans le sens que l'organisateur, ou le détaillant, est tenu de réparer le dommage causé au consommateur par l'inexécution au sens large du contrat<sup>650</sup>, indépendamment de sa faute ou de celle de ses auxiliaires, mais il dispose de preuves libératoires dans les trois hypothèses alternatives que le législateur a énumérées exhaustivement à l'art. 15 al. 1 LVF<sup>651</sup>. Il peut notamment établir que l'inexécution au sens large est « imputable à un cas de force majeure ou à un événement que l'organisateur, le détaillant ou le prestataire, malgré toute la diligence requise, ne pouvaient pas prévoir ou contre lequel ils ne pouvaient rien » (art. 15 al. 1 let. c LVF). Or, l'art. 14 al. 1 *in fine* LVF (« indépendamment du fait que les prestations dues soient à fournir par [le débiteur] ou par d'autres prestataires de services ») reprend la règle de droit de l'art. 101 al. 1 CO en matière de contrat de voyage à forfait et montre que l'organisateur, ou le détaillant, est responsable du comportement de ses prestataires de services comme s'il s'agissait du sien propre<sup>652</sup>. Dès lors, si l'inexécution au sens large du contrat est due aux agissements d'un prestataire de service auquel a fait appel l'organisateur, ce dernier ne peut pas se libérer de sa responsabilité en prouvant qu'on ne pourrait lui reprocher aucune faute (subjective) s'il avait agi comme l'autre l'a fait. Il doit, au contraire, démontrer la réalisation d'une des preuves libératoires prévue par l'art. 15 al. 1 LVF.

453. Il existe, en outre, des cas de responsabilité du débiteur pour son fait personnel fondée sur la faute, mais qui présupposent uniquement une faute qualifiée du débiteur. Ainsi, la responsabilité de l'acheteur au sens de l'art. 193 al. 2 CO ou celle du donateur au sens de l'art. 248 al. 1 CO exigent un cas de dol ou de faute grave. De même, l'associé d'une société simple qui n'est pas rémunéré pour sa gestion n'est tenu qu'à une *diligentia quam in suis* en vertu de l'art. 538 al. 1 CO. Comme dans ces cas particuliers, il suffit que le débiteur prouve qu'il n'a pas commis cette faute qualifiée pour se libérer de sa responsabilité pour son propre fait, il est **également suffisant, lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique**, que le débiteur établisse qu'on ne pourrait pas lui reprocher de faute qualifiée s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>653</sup>.

---

<sup>649</sup> TERCIER/FAVRE, N 6556.

<sup>650</sup> CR-STAUDER, N 1 *ad* Introduction aux art. 14-16 LVF.

<sup>651</sup> CR-STAUDER, N 5 *ad* art. 14 LVF et N 1 *ad* art. 15 LVF avec réf. ; *contra* BaK-ROBERTO, N 5 *ad* art. 14 et 15 LVF avec réf.

<sup>652</sup> BaK-ROBERTO, N 7 *ad* art. 14 et 15 LVF avec réf.

<sup>653</sup> Cf. WEBER 2, N 138 *ad* art. 101 CO.

## 2.2. La preuve libératoire lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur la faute (art. 97 al. 1 CO)

454. Après avoir traité de la preuve libératoire dont dispose le débiteur lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique en dehors de tout contexte particulier dans le sous-chapitre précédent (II.2.1., N 438 ss), il se justifie de développer l'analyse s'agissant de l'**hypothèse la plus fréquente en pratique** et de préciser la preuve libératoire à la disposition du débiteur lorsque la responsabilité de ce dernier pour son fait personnel est une responsabilité pour faute (art. 97 al. 1 CO).

### 2.2.1. Mise au point du critère dans ce contexte

455. En principe, la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute du débiteur, en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral concrétise le plus souvent la preuve libératoire offerte au débiteur lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, en faisant référence à la notion de faute : le débiteur peut se libérer en établissant que, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, **on ne pourrait lui reprocher aucune faute**<sup>654</sup>.

456. Autrement dit, le débiteur répond du dommage qui résulte des agissements de son auxiliaire dans l'exécution de l'obligation qui le lie au créancier, à moins qu'il ne prouve que l'auxiliaire a **fait preuve de la diligence que le créancier eût été en droit d'attendre** du débiteur (critère de la faute hypothétique)<sup>655</sup>.

**Exemple :** Dans l'ATF 70/1944 II 215, le Tribunal fédéral affirme que la défenderesse (l'organisatrice d'un feu d'artifice) ne pourrait se libérer de sa responsabilité selon l'art. 101 al. 1 CO qu'en prouvant que son auxiliaire « a pris toutes les mesures de précaution exigées par la technique qu'elle aurait dû prendre elle-même si elle avait personnellement exécuté son obligation » de sécurité envers les spectateurs du feu d'artifice<sup>656</sup>.

<sup>654</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 604 s. avec réf.; 119/1993 II 337, consid. 3c aa *in fine*; 117/1991 II 65, consid. 2b, p. 67 *in fine*; 113/1987 II 424, consid. 1b, p. 426 *in fine*; 92/1966 II 234, consid. 1, p. 239, JdT 1967 I 241 (extr.), 243; 92/1966 II 15, consid. 3, p. 19 *in initio*, JdT 1966 I 526 (extr.), 527 avec réf.; ainsi que CR-THÉVENOZ, N 26 *ad art.* 101 CO; WEBER 2, N 133 *ad art.* 101 CO; BaK-WIEGAND, N 13 *ad art.* 101 CO; OFTINGER/STARK, II, § 20 N 26.

<sup>655</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 605 avec réf.; 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47 avec réf.; ainsi que WEBER 2, N 5 et 135 s. *ad art.* 101 CO; CR-THÉVENOZ, N 2 et 26 *ad art.* 101 CO, p. 596; BaK-WIEGAND, N 13 ss *ad art.* 101 CO; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 21.

<sup>656</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47.



457. Il est opportun d'expliciter brièvement quelle est cette diligence due, ce sur quoi porte le prochain paragraphe (II.2.2.2., N 461 ss).

458. Avant d'en traiter, il se justifie de poser **deux caveat**.

459. Premièrement, les critères pour juger de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO mentionnés dans le présent paragraphe **ne valent que lorsque** la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est engagée selon l'art. 97 al. 1 CO. Si la doctrine indique parfois uniquement ces critères<sup>657</sup>, c'est parce que l'art. 97 al. 1 CO est la règle générale en matière de responsabilité du débiteur pour son propre fait<sup>658</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il existe des exceptions au principe que cette disposition énonce et que celle-ci n'est, en pratique, pas toujours pertinente. Dans ces cas, l'on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO selon d'autres critères<sup>659</sup>.

460. Deuxièmement, les critères analysés dans le présent paragraphe sont appropriés **uniquement si les parties au rapport d'obligation n'ont pas dérogé** (par hypothèse, valablement<sup>660</sup>) au système légal en prévoyant un niveau de responsabilité en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires qui soit autre (plus ou moins élevé) que celui qui vaut pour la responsabilité du débiteur pour son fait personnel<sup>661</sup>.

## 2.2.2. Le degré de la diligence due

461. Le paragraphe précédent (II.2.2.1., N 455 ss) a notamment mis en exergue que l'application de l'art. 101 al. 1 CO présuppose une analyse de la diligence due dans l'hypothèse, certes très fréquente, où la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur la faute, en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO. Comme la première disposition est alors le pendant de la deuxième, toute réflexion sur la diligence due selon l'art. 101 al. 1 CO nécessite que l'on précise **quelle est la diligence due selon l'art. 97 al. 1 CO**<sup>662</sup>.

---

<sup>657</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 2 et 26 *ad* art. 101 CO, et BaK-WIEGAND, N 13 *ss ad* art. 101 CO.

<sup>658</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale pour l'ensemble de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.1.1., notamment N 302.

<sup>659</sup> Pour des concrétisations de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO en fonction du contexte légal, cf. le paragraphe II.2.1.2., p. 150, N 448 ss.

<sup>660</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>661</sup> A propos des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle prévoyant deux niveaux de responsabilité différents pour les agissements du débiteur lui-même et ceux des auxiliaires de ce dernier, cf. le paragraphe II.2.1., notamment N 441.

<sup>662</sup> Dans le même sens BaK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 101 CO.

A. *L'absence de faute subjective du débiteur*

462. En principe, selon l'art. 97 al. 1 *in fine* CO, lorsque l'inexécution au sens large résultant des agissements du débiteur lui-même a causé un dommage au créancier, celui-là n'est exonéré de sa responsabilité que s'il apporte la **preuve qu'il n'a pas commis de faute**.

463. En matière de responsabilité résultant de l'inexécution d'une obligation, la faute consiste dans le fait que le débiteur a violé intentionnellement ou par négligence la dette à sa charge découlant du rapport d'obligation qui le lie au créancier<sup>663</sup>. Elle est définie comme un manquement à la diligence due : l'obligation a été **violée, alors que le débiteur aurait pu l'exécuter parfaitement**<sup>664</sup>.

464. Or, comme il s'agit d'un reproche adressé au débiteur, **la faute doit, en principe, être appréciée selon un critère subjectif**, alors qu'une partie importante de la doctrine ne prend en considération plus qu'une faute objective<sup>665</sup>. Les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) notamment ont mis en évidence la nature subjective de la notion de faute<sup>666</sup> ; à cet effet, ils ont proposé une nouvelle disposition définissant la négligence (art. 48a al. 1 AP, qui s'inspire de la définition qui vaut en droit pénal selon l'art. 12 al. 3 CP) et précisant dans une optique subjective les éléments suivant lesquels l'on détermine la diligence due (art. 48a al. 2 AP, qui est basé sur l'art. 321e al. 2 CO)<sup>667</sup>. De même, dans son analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, CHAPPUIS approuve que la faute concomitante de la partie lésée soit appréciée selon un standard subjectif<sup>668</sup> : le même critère subjectif doit valoir pour l'appréciation de la faute de l'auteur du préjudice, afin de maintenir le parallélisme entre la définition de la faute de l'auteur et de la faute concomitante de la victime.

465. Dès lors, pour que le débiteur se libère de la responsabilité résultant de l'inexécution (au sens large) d'une obligation lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, il suffit, en principe, qu'il établisse que, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, **on ne pourrait lui reprocher aucune faute subjective**.

<sup>663</sup> Dans le même sens VON TUHR/ESCHER, § 69 I, p. 114.

<sup>664</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 27 *ad* art. 99 CO avec réf., et CHAPPUIS, *clauses*, p. 289.

<sup>665</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 35 et 95 *ss ad* art. 99 CO, et BAK-WIEGAND, N 9 *ad* art. 99 CO. Pour une critique de la doctrine absolutisant l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 490.

<sup>666</sup> WIDMER/WESSNER, p. 120 ; ainsi que REY, N 852 avec réf. ; PETITPIERRE, *fondements*, p. 285 ; FELLMANN, *Verschuldensbegriff*, p. 365.

<sup>667</sup> WIDMER/WESSNER, p. 120 s.

<sup>668</sup> CHAPPUIS, *faute concomitante*, p. 34 *ss* avec réf.

## B. L'objectivation de la faute

466. Cependant, de fait, la manière dont le débiteur doit se comporter pour que l'éventuelle inexécution au sens large d'une obligation ne soit pas fautive dépend, **avant tout, de ce que les parties au rapport d'obligation ont convenu**<sup>669</sup>, « dans les limites de la loi »<sup>670</sup> au sens de l'art. 19 al. 1 CO. C'est uniquement à défaut d'accord entre les parties qui soit valable (le cas échéant, partiellement modifié selon l'art. 20 al. 2 CO) qu'on se réfère au droit supplétif et aux règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC.<sup>671</sup> Ainsi, l'art. 321 et al. 2 CO, qui selon VON TUHR et ESCHER décrit la négligence d'une manière appropriée à tous les cas de faute contractuelle<sup>672</sup>, prévoit avant tout que « la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat »<sup>673</sup>. De même, le Tribunal fédéral affirme que le débiteur doit répondre pour ses auxiliaires de la diligence que, « d'après le contrat », le créancier eût été en droit d'attendre de lui<sup>674</sup>.

467. Il en résulte que les parties au rapport d'obligation peuvent **modifier le critère, en principe subjectif**<sup>675</sup>, **selon lequel on juge de la faute** au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO.

468. Un tel effet de la volonté des parties n'est pertinent **que pour l'appréciation de la négligence**, étant donnée la nature particulière de la faute par intention<sup>676</sup>.

469. En particulier, les parties au rapport d'obligation peuvent convenir, de manière expresse ou tacite, que la dette sera exécutée avec **une diligence supérieure à celle dont le débiteur est personnellement capable** et que seul un spécialiste peut avoir. S'il ne possède pas les qualifications professionnelles nécessaires, le débiteur a alors intérêt à laisser accomplir la prestation due par un auxiliaire qualifié, dont les actes seront évalués par référence à la diligence supérieure que le créancier est en droit d'attendre selon l'accord conclu avec le débiteur<sup>677</sup>. Si néanmoins celui-ci exécute personnellement la dette, ses actes

---

<sup>669</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 51 *ad art. 97 CO in fine*, et BaK-WIEGAND, N 11 *ad art. 101 CO*.

<sup>670</sup> En allemand, « innerhalb der Schranken des Gesetzes » ; en italien, « entro i limiti della legge ».

<sup>671</sup> VON TUHR/ESCHER, § 69 I, p. 115 ; WEBER 2, N 28 et 30 *ad art. 99 CO* ; SPIRO, § 61 p. 249.

<sup>672</sup> VON TUHR/ESCHER, § 69 II, p. 115.

<sup>673</sup> En allemand, « Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis » ; en italien, « La misura della diligenza dovuta dal lavoratore si determina secondo la natura del singolo rapporto di lavoro ».

<sup>674</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47 ; ainsi que, déjà, ATF 53/1927 II 233, consid. 3, p. 240, JdT 1927 I 487, 493.

<sup>675</sup> Sur la nature foncièrement subjective de la notion de faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 464.

<sup>676</sup> Cf. PETITPIERRE, *fondements*, p. 285.

<sup>677</sup> BaK-WIEGAND, N 14 *ad art. 101 CO* ; WEBER 2, N 141 *ad art. 101 CO* ; SPIRO, § 61 p. 248 s.

seront jugés selon le même critère objectif, parce qu'il s'est engagé à une telle diligence, supérieure à celle dont il est subjectivement capable. En raison de l'accord encouru avec le créancier, il est donc traité comme s'il était capable d'agir avec une telle diligence supérieure<sup>678</sup>. La même diligence objective est pertinente, si le débiteur confie l'exécution de l'obligation à un auxiliaire, même si ce dernier, comme lui, n'a pas les qualifications professionnelles nécessaires<sup>679</sup>.

470. De nos jours, à propos de cette typologie de la responsabilité du débiteur, l'on parle souvent d'une faute consistant dans l'acceptation de l'obligation, d'une « **Übernahmeverschulden** », l'accent étant posé sur le choix (malheureux) du débiteur, qui s'est obligé à fournir une prestation alors qu'il n'était pas en mesure de remplir l'obligation en raison de son propre manque de qualification ou de celui de ses auxiliaires<sup>680</sup>. En réalité, l'acceptation de l'obligation n'est reprochée au débiteur que si la prestation due n'est effectivement pas fournie avec la diligence (supérieure) que le créancier est en droit d'attendre, de sorte que **seul cet élément est réellement déterminant**<sup>681</sup>. Le plus souvent, il serait, d'ailleurs, prématuré de reprocher au débiteur le fait qu'il assume une obligation pour l'exécution de laquelle il n'est pas assez qualifié, alors qu'en principe il est libre de choisir le mode d'exécution et peut notamment confier celle-ci à un tiers, le cas échéant indépendant, possédant les qualifications nécessaires<sup>682</sup>. Plutôt qu'une faute initiale du débiteur, il faut considérer l'engagement inconditionnel de ce dernier comme garantissant implicitement la diligence supérieure que le créancier est en droit d'attendre<sup>683</sup>.

471. De même, les parties au rapport d'obligation peuvent convenir, de manière expresse ou tacite, que la dette sera pour le moins exécutée avec **une diligence correspondant objectivement au standard** qui est pratiqué d'habitude dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le débiteur appartient. Une partie de la doctrine considère même qu'en général tout créancier est en droit d'attendre qu'un tel standard objectif et minimum soit respecté<sup>684</sup>.

<sup>678</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 141 *ad art.* 101 CO avec réf.

<sup>679</sup> Sur l'absence de pertinence du for intérieur de l'auxiliaire, cf. le paragraphe II.2.2.3.B., notamment N 502.

<sup>680</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3b, JdT 1999 I 125, p. 133 s. avec réf. ; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 25 et 100 *in fine ad art.* 99 CO, et BaK-WIEGAND, N 11 *ad art.* 99 CO.

<sup>681</sup> Egalement critique BaK-WIEGAND, N 14 *ad art.* 101 CO.

<sup>682</sup> Sur le fait qu'en principe le débiteur est maître du choix quant à la manière de fournir ce qu'il doit, cf. le paragraphe II.1.1.2., notamment N 320.

<sup>683</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 15 *ad art.* 97 CO.

<sup>684</sup> WEBER 2, N 28 *ad art.* 99 CO avec réf. Pour une critique de la doctrine absolutisant l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 490.

472. **Pour que le débiteur ne soit pas fautif, il faut alors que,** premièrement, la prestation due soit objectivement fournie pour le moins avec une telle diligence usuelle et que, deuxièmement, le débiteur ne commette subjectivement aucune faute<sup>685</sup>.

473. **Ces deux cas de figure peuvent être réunis dans un même état de fait** si le débiteur agit en tant que professionnel, mais ne possède pas les qualifications nécessaires. En promettant la diligence correspondant objectivement au standard qui est pratiqué d'habitude dans les échanges commerciaux et en particulier dans sa branche professionnelle, il s'engage également à une diligence supérieure à celle dont il est personnellement capable.

474. Ils montrent que, en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, les parties au rapport d'obligation peuvent **convenir du degré de la diligence due et, ce faisant, objectiver la faute.**

475. Théoriquement, lorsque les parties objectivent la faute, deux types de rapport sont imaginables s'agissant de la **relation entre un tel aménagement contractuel et le régime légal**<sup>686</sup>. D'une part, elles peuvent décider que le premier est de nature exhaustive et écarte le deuxième, dans le sens que seule est pertinente la diligence objective prévue au contrat, sans égard à la diligence dont le débiteur est subjectivement capable ; d'autre part, que l'aménagement contractuel n'est pas de nature exhaustive et s'ajoute au régime légal, dans le sens que le débiteur doit faire preuve de la diligence objective prévue au contrat, mais également ne pas commettre subjectivement de faute.

476. Il ne faut **admettre un accord retenant le premier type de rapport qu'exceptionnellement.** En effet, un tel accord peut notamment être préjudiciable aux intérêts du créancier, parfois même sans que ce dernier s'en rende compte, si, en raison des compétences professionnelles élevées du débiteur, la diligence dont ce dernier est personnellement capable est supérieure à celle objective prévue au contrat. Dans cette hypothèse, l'aménagement contractuel correspond à une limitation de la responsabilité du débiteur, que l'on ne saurait admettre facilement. Au contraire, il se justifie de poser des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle qui objective la faute et enlève toute pertinence à la diligence dont le débiteur est personnellement capable, afin de n'admettre une telle convention que si elle a été formulée clairement. De même, comme pour toute autre restriction de la responsabilité du débiteur, la validité d'une telle objectivation de la faute doit, le cas échéant, être appréciée à l'aune de l'art. 100 CO.

---

<sup>685</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 100 et 105 *ad* art. 99 CO avec réf.

<sup>686</sup> Concernant le degré de la diligence due en l'absence d'accord particulier des parties, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., p. 156, N 462 ss.

477. Il faut considérer qu'**en règle générale, un accord retient le deuxième type de rapport**<sup>687</sup>, au moins pour trois raisons. Premièrement, la convention des parties a alors une plus petite incidence sur le régime légale, car elle s'ajoute à celui-ci plutôt que d'y déroger. Deuxièmement, du fait que le régime légal est maintenu, elle ne présente pas de risques pour le créancier. Troisièmement, elle est moins insolite, dans la mesure où elle correspond à un cas typique d'objectivation de la faute<sup>688</sup>.

478. Dès lors, si la faute a été objectivée, pour que le débiteur s'exonère de la responsabilité résultant de l'inexécution (au sens large) d'une obligation **lorsque l'art. 101 al. 1 CO s'applique, il doit, en général, établir que, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, non seulement on ne pourrait lui reprocher aucune faute subjective, mais qu'il aurait également fait preuve de la diligence à laquelle il était tenu objectivement.**

### C. *Les indices permettant de reconnaître l'objectivation de la faute*

479. Afin de savoir si et dans quelle mesure la faute a été objectivée, **il faut interpréter l'accord des parties.** Pour ce faire, il faut tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention de ces dernières, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). La recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective.<sup>689</sup> Si leur volonté réelle ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, il sied d'interpréter les déclarations et les comportements des parties selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective)<sup>690</sup>. Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs<sup>691</sup>. L'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective<sup>692</sup>.

480. On notera dans cette optique qu'en général, d'après l'art. 99 al. 2 *in initio* CO, la responsabilité « est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire ». Or, dans ses versions en allemand et en italien, cette disposition

<sup>687</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 52 *ad* art. 97 CO, selon lequel les qualités personnelles du débiteur « peuvent être un facteur aggravant sa diligence, elles ne peuvent en principe pas l'alléger. »

<sup>688</sup> Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. *supra*, notamment N 471.

<sup>689</sup> TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 3.1, p. 3 ; ATF 131/2005 III 606, consid. 4.1, p. 611.

<sup>690</sup> TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 3.1, p. 3 ; ATF 131/2005 III 606, consid. 4.1, p. 611 ; 131/2005 III 268, consid. 5.1.3, p. 276.

<sup>691</sup> TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 3.1, p. 3.

<sup>692</sup> ATF 131/2005 III 606, consid. 4.1, p. 611.

ressemble fortement à l'art. 321 e al. 2 *in initio* CO<sup>693</sup>. Une telle ressemblance n'est pas fortuite : la nature particulière de l'affaire conditionne certes la mesure de la responsabilité (comme le prévoit l'art. 99 al. 2 CO), mais en général tel est alors le cas parce qu'elle influence la mesure de la diligence due par le débiteur (comme il ressort de l'art. 321 e al. 2 *in initio* CO). **L'art. 99 al. 2 CO** confirme dès lors, parmi les dispositions générales du Code des obligations, l'idée selon laquelle la responsabilité du débiteur, notamment la diligence due, dépendent avant tout de ce que les parties au rapport d'obligation ont convenu<sup>694</sup>. Ainsi, l'art. 99 al. 2 *in fine* CO prévoit que la responsabilité, en particulier la diligence due<sup>695</sup>, s'apprécie avec moins de rigueur « lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur »<sup>696</sup>.

481. En même temps, l'art. 99 al. 2 CO souligne un autre élément très important : lors de l'interprétation de l'accord éventuel des parties sur la diligence due, il faut notamment **prendre en considération la nature particulière de l'affaire** liant le débiteur au créancier. En effet, en présence d'un différend sur la diligence due, la manière dont le créancier a raison de comprendre l'engagement du débiteur selon la théorie de la confiance dépend notamment du contexte dans lequel le rapport d'obligation s'insère.

482. En pratique, sous cet angle, c'est-à-dire en fonction de la nature particulière de l'affaire liant le débiteur au créancier, il existe, à notre avis, **deux indices permettant de reconnaître que la faute a été objectivée** (le plus souvent, partiellement<sup>697</sup>) par les parties au rapport d'obligation, lorsqu'il faut appliquer la théorie de la confiance. Dans l'application de ce principe, la perspective du créancier est particulièrement importante, car il est le destinataire de l'éventuelle promesse du débiteur sur la diligence due<sup>698</sup>.

---

<sup>693</sup> En allemand, « das Maß der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes » à l'art. 99 al. 2 CO et « das Maß der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis » à l'art. 321 e al. 2 *in initio* CO ; en italien, « la misura della responsabilità è determinata dalla natura particolare del negozio » à l'art. 99 al. 2 CO et « la misura della diligenza dovuta dal lavoratore si determina secondo la natura del singolo rapporto di lavoro » à l'art. 321 e al. 2 *in initio* CO.

<sup>694</sup> Sur le fait que la manière dont le débiteur doit se comporter dépend de ce que les parties ont convenu, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

<sup>695</sup> GUHL et KOLLER notamment considèrent que l'art. 99 al. 2 *in fine* CO traite de la mesure de la diligence due (GUHL/KOLLER, § 31 N 27).

<sup>696</sup> En allemand, « wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt » ; en italien, « se il negozio non aveva per scopo di recare alcun vantaggio al debitore ».

<sup>697</sup> Sur les deux types de rapport imaginables s'agissant de la relation entre l'aménagement contractuel qui objective la diligence due et le régime légal, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 475. A propos de celui entre ces deux rapports qui vaut en règle générale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 477.

<sup>698</sup> Dans le même sens, mais sur d'autres bases, CR-THÉVENOZ, N 29 *ad* art. 101 CO avec réf.

483. Premièrement, plus un débiteur s'oblige à **fournir une prestation en tant que professionnel**, plus alors le créancier peut, en général, s'attendre à ce que l'obligation soit pour le moins exécutée avec une diligence correspondant objectivement au standard qui est admis généralement dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le premier appartient, en tenant compte notamment des règles de l'art, des usages professionnels et de l'état de la technique<sup>699</sup> (cf. également l'art. 99 al. 2 *in fine* CO *a contrario*<sup>700</sup>). L'importance de ce critère augmente lorsque, pour pouvoir pratiquer sa profession ou son commerce, le débiteur doit préalablement réussir des examens professionnels, obtenir une autorisation ou se soumettre à la surveillance d'une institution de catégorie, dans la mesure où ces contraintes visent à garantir une certaine qualité des prestations fournies. L'hypothèse est très fréquente. Une partie de la doctrine considère même qu'en général tout créancier est en droit d'attendre qu'un tel standard objectif et minimum soit respecté, comme on l'a vu en traitant du deuxième cas de figure d'objectivation de la faute mentionné dans le paragraphe précédent (II.2.2.2.B., N 466 ss)<sup>701</sup>.

**Exemple 1 :** Dans l'ATF 124/1997 III 155, le Tribunal fédéral a considéré que « [c]elui qui offre ses services comme un spécialiste ne peut en principe pas se disculper au motif que son partenaire contractuel aurait dû reconnaître le manque de connaissances spécialisées. Un tel argument ne pourrait être pris en considération que si le partenaire avait effectivement connu le défaut de connaissances spécialisées et d'aptitudes professionnelles et s'il avait pris consciemment en considération le risque en résultant. »<sup>702</sup>

484. Deuxièmement, moins un débiteur est « **tenu d'exécuter personnellement son obligation** »<sup>703</sup> au sens de l'art. 68 CO, plus alors, en général, le créancier peut s'attendre à ce que le critère selon lequel on juge de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO soit dépersonnalisé et objectivé. Par identité des motifs, une telle attente du créancier est, le plus souvent, légitime également lorsque la prestation est promise par une personne morale<sup>704</sup>.

485. Etant donné qu'en principe la faute est appréciée selon un critère subjectif<sup>705</sup>, il faut partir de l'idée que **ces deux éléments d'appréciation doivent**

<sup>699</sup> Dans le même sens, par exemple, WEBER 2, N 102 et 142 *ad* art. 99 CO avec réf., et CR-THÉVENOZ, N 52 *ad* art. 97 CO avec réf. et N 29 s. *ad* art. 101 CO avec réf.

<sup>700</sup> Sur l'art. 99 al. 2 CO, cf. *supra*, notamment N 480.

<sup>701</sup> Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 471.

<sup>702</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3b, SJ 1998 p. 689, 698.

<sup>703</sup> En allemand, « verpflichtet, persönlich zu erfüllen » ; en italien, « tenuto ad adempiere personalmente l'obbligazione ».

<sup>704</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 29 *ad* art. 101 CO.

<sup>705</sup> Sur la nature foncièrement subjective de la notion de faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 464.



**être réunis cumulativement**, pour qu'on admette que la faute a été objectivée (le plus souvent, partiellement).

**Exemple 2 :** Lorsqu'un débiteur est « tenu d'exécuter personnellement son obligation » au sens de l'art. 68 CO, il suffit le plus souvent qu'il prouve qu'il n'a subjectivement commis aucune faute, pour qu'il soit libéré de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation. En particulier, puisqu'en principe « le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé »<sup>706</sup> (art. 321 CO), la mesure de la diligence lui incombant se détermine, certes, avant tout par le contrat, mais compte tenu notamment « des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître »<sup>707</sup> (art. 321 e al. 2 *in fine* CO).

**Exemple 3 :** De même, lorsqu'un débiteur ne s'oblige pas à fournir une prestation en tant que professionnel, il suffit le plus souvent qu'il prouve qu'aucune faute subjective ne lui est (personnellement) imputable, pour qu'il soit exonéré de la responsabilité pour inexécution ; ou, s'il a fait participer un tiers à l'exécution de l'obligation, que l'on ne pourrait lui reprocher aucune faute subjective s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>708</sup>.

486. La pertinence du cumul des deux éléments d'appréciation retenus dans le présent paragraphe est **corroborée par certains choix du législateur fédéral**. En effet, lorsque ce dernier a prévu des responsabilités causales atténuées dans la deuxième partie du Code des obligations, en traitant « Des diverses espèces de contrats », ces deux indices sont toujours réunis. Tel est notamment le cas de la responsabilité contractuelle du voiturier (art. 447 ss CO) et de la responsabilité contractuelle de l'organisateur d'un voyage ou du détaillant partie au contrat (art. 14 s. LVF)<sup>709</sup>. Or, l'analyse du régime de responsabilité du débiteur prévu par la Convention a permis de mettre en évidence qu'en présence d'une responsabilité causale atténuée<sup>710</sup>, l'idée d'une faute objective est pertinente<sup>711</sup>.

---

<sup>706</sup> En allemand, « des Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten » ; en italien, « il lavoratore deve prestare personalmente il lavoro stipulato ».

<sup>707</sup> En allemand, « der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen » ; en italien, « alle capacità e attitudini del lavoratore, quali il datore di lavoro conosceva o avrebbe dovuto conoscere ».

<sup>708</sup> A propos de la preuve libératoire selon l'art. 101 al. 1 CO, lorsque la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO doit être évaluée d'après un critère subjectif, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 465.

<sup>709</sup> Sur les art. 447 ss CO et 14 s. LVF, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 452.

<sup>710</sup> A propos de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention en tant que « modifizierte Erfolgshaftung », cf. le paragraphe I.2.1.2., notamment N 253.

<sup>711</sup> Pour l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261.

### D. La grande fréquence de l'objectivation de la faute

487. Dans la société occidentale actuelle, un débiteur s'oblige, dans la majorité des cas, à fournir une prestation en tant que professionnel et l'exécution de l'obligation relève du bon fonctionnement d'une organisation mise en place à l'avance et dépersonnalisée<sup>712</sup>, de sorte qu'il est très fréquent que les indices retenus dans le paragraphe précédent (II.2.2.2.C., N 479 ss)<sup>713</sup> soient réunis cumulativement. Il en résulte que, sur un plan statistique, **une certaine objectivation de la faute est très fréquente** (souvent implicite, parfois même inconsciente)<sup>714</sup>. Elle s'insère dans un phénomène plus ample, qui concerne le droit des obligations dans sa globalité et qu'il est courant d'appeler l'objectivation de la volonté<sup>715</sup>.

488. Il faut alors décider s'il y a objectivement faute contractuelle « à l'aune des **qualifications objectivement nécessaires** à la bonne exécution de la prestation promise, en tenant compte des règles de l'art, des usages professionnels et de l'état de la technologie, indépendamment des qualités personnelles du débiteur ou de ses organes »<sup>716</sup>, ainsi que sans égard à la question de savoir si l'inexécution au sens large résulte du fait du débiteur lui-même ou d'un auxiliaire de ce dernier. La dette doit pour le moins être exécutée avec une diligence correspondant objectivement au standard qui est pratiqué d'habitude dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le débiteur appartient<sup>717</sup>.

**Exemple 1 :** Dans l'ATF 70/1944 II 215 déjà, le Tribunal fédéral admet la responsabilité de la défenderesse (l'organisatrice d'un feu d'artifice) envers la demanderesse (une spectatrice blessée pendant la présentation du spectacle et par l'effet de celle-ci), parce que les mesures nécessaires de précaution n'avaient pas toutes été prises. La défenderesse ne réussit alors pas à faire la preuve de sa libération conformément aux art. 97 al. 1 et 101 al. 1 CO, notamment car lui est imputable à faute « toute violation des règles de prudence exigée par la technique, sans égard au fait que ses organes ne sont pas des spécialistes en matière de feu d'artifice ; celui qui organise un spectacle contre paiement doit en effet se renseigner, s'il le faut, sur la façon de l'exécuter conformément aux règles de l'art »<sup>718</sup>. Le Tribunal fédéral retient donc une faute

<sup>712</sup> Sur l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>713</sup> Sur les deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 482.

<sup>714</sup> Dans le même sens GUHL/KOLLER, § 31 N 23 ; ainsi que CR-THÉVENOZ, N 29 s. *ad* art. 101 CO.

<sup>715</sup> TERCIER, *fondements*, p. 216 ss.

<sup>716</sup> CR-THÉVENOZ, N 30 *ad* art. 101 CO.

<sup>717</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 137 *ad* art. 101 CO (« durchschnittlichen Schuldner »). Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 471.

<sup>718</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 219, JdT 1945 I 41, 46.

objective à la charge de l'organisatrice du feu d'artifice. Or, il le fait dans un contexte où les deux indices mis en évidence sont réunis. D'une part, en organisant un spectacle payant avec concert et feu d'artifice à l'occasion de la fête nationale du 1<sup>er</sup> août 1942, la défenderesse a agi dans le cadre de son activité commerciale. D'autre part, elle est une personne morale et n'était tenue « d'exécuter personnellement » au sens de l'art. 68 CO ni son obligation principale, à savoir la présentation du spectacle, ni son obligation accessoire de sécurité.

**Exemple 2 :** Plus récemment, dans l'ATF 124/1997 III 155, le Tribunal fédéral condamne la défenderesse (une société active en tant qu'intermédiaire dans des opérations à terme sur marchandises et valeurs boursières) à réparer le dommage subi par le demandeur (un client) à la suite d'un manquement à l'obligation de conseil et d'information qui liait celle-là à ce dernier. La défenderesse ne peut alors « pas se disculper en objectant que, compte tenu du niveau de connaissances de sa collaboratrice [*id est*, l'employée en charge du client], elle n'était pas à même de renseigner et de conseiller correctement le demandeur »<sup>719</sup>. Ce faisant, le Tribunal fédéral reproche une faute objective à la société : il parle expressément de « objektivierte[r] Verschuldensbegriff »<sup>720</sup>. Or, dans cette affaire également, les deux éléments d'appréciation précédemment mentionnés sont réunis. D'une part, en concluant avec le demandeur le contrat ayant pour objet les activités de conseil, de courtage et de gestion par rapport à l'achat et à la vente d'options à terme négociées en bourse, la défenderesse a agi dans le cadre de son activité commerciale. D'autre part, elle est une personne morale et n'était pas tenue « d'exécuter personnellement » au sens de l'art. 68 CO son obligation de conseil et d'information.

489. De fait, la preuve libératoire prévue par l'art. 97 al. 1 *in fine* CO présuppose donc très fréquemment une absence de faute objective.

490. Une partie importante de la doctrine va même plus loin, en absolutisant l'objectivation de la faute<sup>721</sup>. A notre avis, ne prendre en considération plus qu'une faute objective présente deux désavantages. D'une part, le principe selon lequel la faute doit être appréciée selon un critère subjectif<sup>722</sup> garde parfois toute sa pertinence, comme le montrent les exemples 2 et 3 mentionnés dans le paragraphe précédent (II.2.2.2.C, N 485). D'autre part, lorsque la faute a été objectivée, il se justifie, le plus souvent, pour que le débiteur s'exonère de la responsabilité résultant de l'inexécution (au sens large) d'une obligation, non seulement qu'il établisse qu'il a fait preuve de la diligence à laquelle il était tenu objectivement, mais encore qu'on ne peut lui reprocher aucune faute subjective. En effet, lorsque les parties objectivent la faute, il faut partir de l'idée que l'aménagement contractuel ne fait que s'ajouter au régime légal, dans le

---

<sup>719</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3b, JdT 1999 I 125, 134.

<sup>720</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3b, traduit au JdT 1999 I 125, 134.

<sup>721</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 35 et 95 ss *ad* art. 99 CO, et BaK-WIEGAND, N 9 *ad* art. 99 CO.

<sup>722</sup> Sur la nature foncièrement subjective de la notion de faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 464.

sens que le débiteur doit faire preuve de la diligence objective prévue au contrat, mais également ne pas commettre subjectivement de faute<sup>723</sup>.

491. En guise de conclusion sur la problématique de l'objectivation de la faute, il est à relever que, même si la responsabilité dite contractuelle<sup>724</sup> est caractérisée par le fait que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO est très fréquemment objectivée par les parties au rapport d'obligation, en règle générale il ne se justifie pas d'apprécier selon un critère objectif la négligence au sens de l'art. 41 al. 1 CO. En effet, la responsabilité délictuelle ne présuppose pas l'existence d'un rapport d'obligation préalable entre le lésé et le responsable, ni d'un accord entre ces deux pouvant modifier le critère, en principe subjectif, selon lequel on juge de la faute.<sup>725</sup> De ce point de vue, les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont eu raison de défendre la nature intimement subjective de la notion de faute<sup>726</sup>.

492. Il apparaît, donc, qu'il existe, en pratique, une grande différence entre la faute contractuelle (le plus souvent, objectivée) et la faute délictuelle (en général, subjective), ce qui montre qu'il est **toujours d'actualité de différencier** entre responsabilité résultant de l'inexécution d'une obligation et responsabilité délictuelle<sup>727</sup>.

493. D'ailleurs, parmi les dispositions générales du Code des obligations, le législateur fédéral lui-même a codifié l'idée selon laquelle la diligence due dépend avant tout de ce que les parties au rapport d'obligation ont convenu à l'art. 99 al. 2 CO<sup>728</sup>, c'est-à-dire dans une disposition qui, selon la **systematique du Code des obligations**, ne vaut que pour la responsabilité résultant de l'inexécution (au sens large) d'une obligation, à l'exclusion de la responsabilité délictuelle.

---

<sup>723</sup> A propos des deux types de rapport imaginables s'agissant de la relation entre l'aménagement contractuel qui objective la diligence due et le régime légal, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 475. Sur celui entre ces deux rapports qui vaut en règle générale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 477.

<sup>724</sup> Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'Introduction, notamment n. 41.

<sup>725</sup> Dans le même sens FELLMANN, *Verschuldensbegriff*, p. 365.

<sup>726</sup> Sur la nature subjective de la faute retenue dans l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., notamment N 464.

<sup>727</sup> A propos du fait que les similarités existant entre la responsabilité dite contractuelle et la responsabilité délictuelle ne sont que des analogies, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 404.

<sup>728</sup> Sur l'art. 99 al. 2 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 480.

### 2.2.3. Quelques situations particulières

494. En conclusion de l'analyse conduite dans le présent sous-chapitre (II.2.2., N 454 ss) concernant la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est une responsabilité pour faute (art. 97 al. 1 CO), il est intéressant de traiter de **trois situations particulières** : quelle est la situation juridique si l'auxiliaire est moins compétent que le débiteur (A.), si celui-là est plus compétent que celui-ci (B.), ou s'il est incapable de discernement (C.)?

#### A. *Un auxiliaire moins compétent que le débiteur*

495. En principe, pour s'exonérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur doit établir qu'il n'aurait pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>729</sup>. **Ce principe vaut également** lorsque l'auxiliaire est moins compétent que le débiteur (par exemple, en raison de son jeune âge<sup>730</sup>).

496. Dès lors, **sauf convention contraire des parties, le débiteur ne peut pas se libérer** de sa responsabilité pour ses auxiliaires à la suite de l'inexécution (au sens large) d'une obligation en prouvant que ces derniers n'ont subjectivement commis aucune faute<sup>731</sup>.

497. Toutefois, les parties au rapport d'obligation peuvent convenir du degré de la diligence due par le débiteur<sup>732</sup>. En particulier, elles peuvent **prévoir que le débiteur ne doit que la diligence, inférieure**, dont est personnellement capable l'auxiliaire qu'il charge d'accomplir la prestation due.

498. De la même manière que pour la clause contractuelle qui objective la faute et enlève toute pertinence à la diligence dont le débiteur est personnellement capable<sup>733</sup>, à notre avis, il ne faut **admettre un tel accord qu'exceptionnellement**. En effet, en présence d'un auxiliaire moins compétent que le débiteur, un tel aménagement contractuel correspond à une limitation de la responsabilité de ce dernier : le débiteur répond alors d'une diligence inférieure à celle dont il est personnellement capable et dont il doit, en général, répondre

---

<sup>729</sup> A propos du critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>730</sup> ENGEL, *Traité*, p. 743.

<sup>731</sup> WEBER 2, N 135 *ad* art. 101 CO avec réf. ; CR-THÉVENOZ, N 2 et 25 *ad* art. 101 CO avec réf. ; BaK-WIEGAND, N 11 *ad* art. 101 CO ; ENGEL, *Traité*, p. 743.

<sup>732</sup> Sur le fait que les parties au rapport d'obligation peuvent convenir du degré de la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 474.

<sup>733</sup> A propos de la clause contractuelle qui objective la faute et enlève toute pertinence à la diligence dont le débiteur est personnellement capable, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 476.

même en cas d'objectivation de la faute<sup>734</sup>. Le créancier peut même ne pas être conscient que, de fait, il acquiesce à une restriction de la responsabilité du débiteur, s'il n'a pas les moyens pour comparer les diligences dont le débiteur et l'auxiliaire de celui-ci sont respectivement capables. Comme une telle limitation de la responsabilité du débiteur est, en soi, préjudiciable aux intérêts du créancier, l'on ne saurait l'admettre facilement. Au contraire, il se justifie de poser des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle qui réduit la diligence due à celle dont l'auxiliaire est personnellement capable, afin de n'admettre une telle convention que si elle a été formulée clairement<sup>735</sup>. De même, comme pour toute autre restriction de la responsabilité du débiteur du fait de ses auxiliaires, la validité d'une telle clause doit, le cas échéant, être appréciée à l'aune de l'art. 101 al. 2 et 3 CO<sup>736</sup>.

499. Sous l'angle de l'application de l'art. 101 al. 1 CO, **la situation juridique est la même si l'auxiliaire manque des compétences nécessaires parce qu'il n'a pas été formé ou instruit à suffisance**<sup>737</sup>.

### *B. Un auxiliaire plus compétent que le débiteur*

500. En principe, dans l'analyse de la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO, seul est déterminant le fait de savoir si le débiteur aurait engagé sa responsabilité, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire<sup>738</sup>. **Ce principe vaut également** lorsque l'auxiliaire est plus compétent que le débiteur<sup>739</sup> et il a alors deux corollaires notables.

501. Premièrement, **sauf convention contraire des parties, le débiteur ne peut pas se libérer** de sa responsabilité en établissant que l'auxiliaire auquel il a fait appel possède des compétences techniques qu'il n'a pas lui-même<sup>740</sup>.

502. Deuxièmement, **à moins d'un accord contraire, le débiteur peut réussir** la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO même si l'auxiliaire a subjective-

<sup>734</sup> Sur les deux types de rapport imaginables s'agissant de la relation entre l'aménagement contractuel qui objective la diligence due et le régime légal, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 475. A propos de celui entre ces deux rapports qui vaut en règle générale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 477.

<sup>735</sup> Cf. l'ATF 124/1997 III 155, consid. 3c, p. 165, JdT 1999 I 125, 134 s.; ainsi que le paragraphe II.1.4.4. A., notamment N 414.

<sup>736</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>737</sup> WEBER 2, N 135 *ad* art. 101 CO avec réf.

<sup>738</sup> A propos du critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>739</sup> BaK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 101 CO.

<sup>740</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 221, JdT 1945 I 41, 47.

ment commis une faute au regard de ses compétences plus étendues, puisque le for intérieur de ce dernier n'est, en principe, pas pertinent<sup>741</sup>.

**Exemple 1 :** Charlotte, cardiologue, rend visite à Gérard, médecin généraliste et ancien collègue d'études, au cabinet médical de ce dernier. Pour remémorer les années passées ensemble à l'hôpital universitaire, ils décident que Charlotte prend la place d'Albert, assistant médical de Gérard, afin d'effectuer ensemble quelques consultations. Pendant l'une de celles-ci, de la même manière qu'il l'aurait demandé à Albert, Gérard dit à Charlotte d'inoculer à la patiente Paola un vaccin, ce que l'autre effectue. Paola ne connaît pas Charlotte, que Gérard lui a uniquement présentée comme étant la remplaçante d'Albert, absent pour la journée. Elle suppose, logiquement, que Charlotte a, comme Albert, une formation d'assistant médical. L'injection lui cause un malheur de nature cardiaque que, par hypothèse, seul un spécialiste comme Charlotte aurait pu et dû prévoir. La situation juridique est alors la suivante : Gérard n'est pas responsable envers Paola des conséquences dommageables de l'injection selon l'art. 101 al. 1 CO, car, s'il avait pratiqué lui-même celle-ci, on n'aurait pu lui reprocher aucune faute<sup>742</sup> ; par contre, Charlotte l'est vraisemblablement en raison de l'acte illicite qu'elle a commis (art. 41 al. 1 CO).<sup>743</sup>

503. Mais les parties au rapport d'obligation peuvent convenir du degré de la diligence due par le débiteur<sup>744</sup>. Elles peuvent notamment **prévoir**, de manière expresse ou tacite, **que le débiteur doit la diligence, supérieure**, dont est personnellement capable l'auxiliaire qu'il fait participer à l'accomplissement de la prestation due<sup>745</sup>.

504. En pratique, **un tel accord est très fréquent**.

505. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il faut considérer que **le débiteur qui fait appel à un spécialiste** dans le cadre de l'exécution d'obligations qui exigent effectivement des compétences spéciales fonde chez le créancier la conviction légitime que le premier est tenu de la diligence dont cet auxiliaire est capable, car il peut compter sur les compétences plus étendues de ce dernier<sup>746</sup>. En cas d'inexécution au sens large, il ne pourra alors se libérer de sa responsa-

---

<sup>741</sup> BaK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 101 CO ; WEBER 2, N 139 *ad* art. 101 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3034 ; PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17 ; *contra* SPIRO, § 61 n. 11, p. 249 ; critique CR-THÉVENOZ, N 28 *ad* art. 101 CO.

<sup>742</sup> Sur le critère selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 455.

<sup>743</sup> WEBER 2, N 140 *ad* art. 101 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3045 s. ; KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*, N 311.

<sup>744</sup> Sur le fait que les parties au rapport d'obligation peuvent convenir du degré de la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 474.

<sup>745</sup> Cf. BaK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 101 CO ; PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17 *in fine* ; ainsi que le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 469.

<sup>746</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 605 s. avec réf. ; ainsi que BaK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 101 CO.

bilité qu'en établissant que tant lui que son auxiliaire ont fait preuve de cette diligence<sup>747</sup>.

506. Suggère également l'existence d'un accord entre le créancier et le débiteur prévoyant que la dette sera exécutée avec une diligence supérieure à celle dont ce dernier est personnellement capable et que seul un spécialiste peut avoir, le fait que le débiteur **indique à sa contrepartie les compétences plus étendues de son auxiliaire**, voire les lui rappelle. Dans des circonstances normales, le créancier a, en effet, raison de comprendre qu'il va bénéficier de ces compétences spéciales, comme on les lui communique. Quel serait autrement l'intérêt d'une telle communication?

**Exemple 2:** (variante de l'exemple 1): Gérard indique à Paola qu'exceptionnellement, pour les consultations du jour, il a le privilège d'être assisté par Charlotte, éminente cardiologue. La situation juridique est alors la suivante: Gérard est responsable envers Paola des conséquences dommageables de l'injection selon l'art. 101 al. 1 CO, car, en communiquant à sa patiente les compétences spéciales de Charlotte, il s'est engagé à la diligence, supérieure, dont celle-ci était capable et qui n'a pas été respectée. En outre, Charlotte répond vraisemblablement de l'acte illicite qu'elle a commis (art. 41 al. 1 CO), à titre personnel.

507. Le cas échéant, peu importe le type de contrat liant le débiteur et le créancier<sup>748</sup>.

508. Il résulte de ce qui précède que, statistiquement, comme les parties au rapport d'obligation conviennent souvent que le débiteur doit la diligence, supérieure, dont son auxiliaire est personnellement capable, le débiteur réussit rarement la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO si son auxiliaire a subjectivement commis une faute. D'ailleurs, le peu de vraisemblabilité de l'exemple 1 confirme, indirectement, qu'il est rare que le débiteur puisse réussir la preuve libératoire prévue par l'art. 101 al. 1 CO dans cette hypothèse.

**Exemple 3:** Dans l'ATF 130/2004 III 591, le Tribunal fédéral nie que le demandeur (un maître d'ouvrage) puisse invoquer la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, compte tenu des compétences spéciales de son auxiliaire (un architecte). Le demandeur ne peut donc pas s'opposer à la réduction de 10% que l'instance inférieure a imputée sur le dédommagement que lui doivent les défendeurs (un bureau d'ingénieurs et un bureau d'architectes), en raison de ces mêmes compétences plus étendues de son auxiliaire.<sup>749</sup>

<sup>747</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 605; PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17 s. A propos du fait que la diligence promise vaut, en principe, tant pour le débiteur lui-même que pour les auxiliaires de celui-ci, cf. également le paragraphe II.2.1., notamment N 440.

<sup>748</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 605.

<sup>749</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.4, p. 605 s.



C. *Un auxiliaire incapable de discernement*

509. En principe, sous l'angle de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO, seul est déterminant le fait de savoir si le débiteur aurait été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>750</sup>. En particulier, sauf convention contraire des parties, il est sans importance que l'auxiliaire n'ait subjectivement commis aucune faute<sup>751</sup> ou, au contraire, en ait commis une<sup>752</sup>. Dans un tel système, où la faute subjective de l'auxiliaire ne joue aucun rôle, il se justifie d'admettre qu'un débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire **quand bien même ce dernier serait incapable de discernement** et, par conséquent, ne pourrait même pas commettre de faute<sup>753</sup>.

510. Toutefois, ce propos mérite d'être nuancé. Il faut distinguer **deux situations différentes**, suivant que le débiteur aurait, lui, été capable ou incapable de discernement s'il avait agi à la place de l'auxiliaire, car le but de l'art. 101 al. 1 CO est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement et que, en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, on satisfait le sentiment de la justice si le système est tel que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due n'est ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là ne faisait pas intervenir le tiers dans le processus d'exécution mais s'exécutait personnellement<sup>754</sup>.

511. Si l'inexécution au sens large résulte des agissements d'un auxiliaire incapable de discernement **alors que le débiteur n'aurait pas perdu sa capacité de discernement** s'il avait agi à la place de son auxiliaire, le débiteur ne peut pas tirer argument de l'incapacité de discernement de ce dernier, de la même manière qu'il ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que l'auxiliaire a violé les instructions qu'il lui avait données<sup>755</sup>. En effet, s'il le pouvait, il serait, de fait, mis en condition de diminuer les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un tiers pour exécuter son obligation<sup>756</sup>. Seul reste

---

<sup>750</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>751</sup> A propos de l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire n'a commis aucune faute subjective sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.3.A., notamment N 496.

<sup>752</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire a commis une faute subjective sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.3.B., notamment N 502.

<sup>753</sup> WEBER 2, N 135 *ad* art. 101 CO avec réf.; CR-THÉVENOZ, N 25 *ad* art. 101 CO; SPIRO, § 62, p. 250 ss.

<sup>754</sup> A propos du but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>755</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire a violé les instructions reçues par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 445.

<sup>756</sup> A propos de l'art. 101 al. 1 CO en tant que règle de droit permettant d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 383.

alors décisif le fait de savoir si le débiteur aurait été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, malgré l'incapacité de discernement de ce dernier.

512. La situation juridique est différente **si le débiteur aurait lui aussi été incapable de discernement** s'il avait agi à la place de l'auxiliaire. Le choix qui s'offrait au débiteur sur la manière de fournir la prestation due entre exécuter personnellement son obligation ou faire appel à une tierce personne<sup>757</sup> n'est alors pas une cause pertinente en droit de la survenance de l'inexécution au sens large, dans le sens que le dommage subi par le créancier aurait, dans toute hypothèse, été causé par une personne incapable de discernement.

513. Le plus souvent, dans ce contexte, le débiteur a intérêt à démontrer que l'incapacité de discernement de l'auxiliaire ne relève pas de la personne de celui-ci, mais d'une cause externe, indépendante de la structure qu'il a mise en place (personnellement ou par l'intermédiaire d'un autre auxiliaire) pour s'exécuter<sup>758</sup>. Autrement dit, il essaie d'établir que l'incapacité de discernement et l'inexécution au sens large qui en est résultée sont dues, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, à **un empêchement hors de sa sphère d'influence**<sup>759</sup>.

514. Lorsque le dommage subi par le créancier aurait, de toute façon, été causé par une personne incapable de discernement, que le débiteur eût exécuté personnellement son obligation ou s'en fût remis à un tiers, le débiteur n'est **tenu pour responsable des agissements de son auxiliaire que si**, en ayant agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, il aurait dû répondre de son propre comportement même s'il avait été incapable de discernement<sup>760</sup>. Une telle responsabilité du débiteur pour son fait personnel indépendante de toute capacité de discernement peut résulter soit d'un accord des parties au rapport d'obligation sur l'étendue de la responsabilité<sup>761</sup>, soit d'une application de l'art. 54 al. 1 CO<sup>762</sup>. Vraisemblablement, les conditions de cette disposition ne sont pas réalisées si le débiteur peut établir que l'incapacité de discernement de son

---

<sup>757</sup> Sur le système qui a été mis en place dans le Code des obligations pour gérer l'exécution et l'inexécution des obligations, cf. le paragraphe II.1.1.3., notamment N 324.

<sup>758</sup> Cf. ENGEL, *Traité*, p. 743, § 222 *in fine*.

<sup>759</sup> Concernant l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., p. 57, N 167 ss.

<sup>760</sup> Dans le même sens SPIRO, § 62 p. 252.

<sup>761</sup> A propos du fait que les parties au rapport d'obligation peuvent déroger au critère subjectif selon lequel on juge de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 467. Sur l'accord des parties prévoyant, selon le droit interne suisse, une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 569.

<sup>762</sup> A propos de l'art. 54 al. 1 CO en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 565.

auxiliaire et l'inexécution au sens large qui en est résultée sont dues, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, à un empêchement hors de sa sphère d'influence<sup>763</sup>.

**Exemple :** Un architecte dirige la construction d'une villa et charge un électricien de monter le tableau électrique. Celui-ci demande à l'un de ses ouvriers de s'en occuper. Pendant qu'il accomplit le travail, l'ouvrier est intoxiqué par un produit chimique, inodore et incolore, que d'autres entrepreneurs intervenant sur le chantier ont utilisé quelques heures avant son arrivée. Il n'avait pas été prévenu de l'emploi de cette substance. L'empoisonnement le rend temporairement incapable de discernement et l'ouvrier cause des dégâts au bâtiment en construction sans s'en rendre compte. Toute personne à la place de l'ouvrier aurait perdu sa capacité de discernement. La situation juridique est alors la suivante : l'électricien n'est, vraisemblablement, pas tenu pour responsable du dommage subi par l'architecte à la suite des agissements de son auxiliaire incapable de discernement, car il n'aurait pas dû répondre de sa propre incapacité de discernement en vertu de l'art. 54 al. 1 CO s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait.

515. Ce qui précède illustre, une fois encore, que le contenu de la preuve libératoire dont dispose un débiteur en matière de responsabilité pour ses auxiliaires est, en principe, de nature variable et dépend de l'étendue de la responsabilité du débiteur pour son propre fait<sup>764</sup>.

### 2.3. La nature juridique de la preuve libératoire

516. Sur la base de l'analyse effectuée dans les deux sous-chapitres précédents (II.2.1., N 438 ss, et II.2.2., N 454 ss), il est possible de préciser la nature juridique de la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO. Pour ce faire, il est intéressant de procéder, **dans ce sous-chapitre**, de la même manière que pour la détermination du contenu de la preuve libératoire elle-même et d'en traiter d'abord en dehors de tout contexte particulier (II.2.3.1.), puis dans l'hypothèse la plus fréquente en pratique et qui vaut en l'absence de dispositions spéciales, à savoir lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est une responsabilité pour faute selon l'art. 97 al. 1 CO (II.2.3.2.).

---

<sup>763</sup> Sur la convergence matérielle de l'application des art. 54 al. 1 et 101 al. 1 CO d'une part et de l'interprétation de l'accord des parties sur la mesure de la responsabilité d'autre part, cf. *supra*, notamment N 572.

<sup>764</sup> Pour des concrétisations de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO en fonction du contexte légal, cf. le paragraphe II.2.1.2., p. 150, N 448 ss.

### 2.3.1. En général

517. Pris à la lettre, l'art. 101 al. 1 CO instaure une responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui sans preuve libératoire<sup>765</sup>.

518. Toutefois, jurisprudence et doctrine s'accordent pour dire que le débiteur peut s'exonérer de cette responsabilité en prouvant qu'il n'aurait pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>766</sup>. Par cette preuve, le débiteur établit que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance du dommage subi par le créancier, puisqu'il n'aurait pas dû répondre de ce préjudice s'il avait eu le même comportement que son auxiliaire.

519. La preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO est donc **de nature causale**, ce que la jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà retenu<sup>767</sup>.

520. Elle s'apparente au principe que le Tribunal fédéral considère valoir de manière générale et selon lequel aucune responsabilité n'est engagée si le responsable recherché prouve **qu'un autre comportement conforme au droit aurait causé le même dommage** que celui qui est effectivement survenu à la suite du comportement contraire au droit<sup>768</sup>. Si ce principe n'a pas été codifié en tant que tel par le législateur fédéral, il apparaît notamment aux art. 55 al. 1 *in fine*, 56 al. 1 *in fine* et 103 al. 2 deuxième hypothèse CO<sup>769</sup>, ainsi que dans la notion de « comportement de substitution licite »<sup>770</sup>.

521. De la même manière que pour la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO<sup>771</sup>, lorsque le débiteur apporte la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO, il **objecte, d'une certaine façon, l'absence de causalité adéquate**. En effet, comme on l'a vu, il établit alors que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance du

<sup>765</sup> CR-THÉVENOZ, N 25 *ad* art. 101 CO ; dans le même sens CR-WERRO, N 35 *ad* art. 55 CO ; PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17.

<sup>766</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>767</sup> ATF 116/1990 II 305, consid. 2c, p. 308, JdT 1991 I 173 (extr.), 175 avec réf. ; ainsi que, par exemple, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3014 et STAUDER, *Droit suisse*, p. 118.

<sup>768</sup> ATF 131/2004 III 115, consid. 3.1, JdT 2005 I 279, 282.

<sup>769</sup> Concernant la preuve libératoire de l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO, cf. le paragraphe IV.1.3.2. B., p. 351, N 1005 ss.

<sup>770</sup> En allemand, « rechtmässiges Alternativverhalten » (cf. TF, 1ère Cour civile, 28 septembre 2005, SJ 2006 I 221, consid. 3.5.6, p. 230).

<sup>771</sup> Sur la preuve libératoire de l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO dans l'optique de la distinction entre causalité naturelle et causalité adéquate, cf. le paragraphe IV.1.3.2.B., notamment N 1006.

dommage subi par le créancier<sup>772</sup>. Or, juger de la pertinence du point de vue juridique appartient plus à la causalité adéquate qu'à la causalité naturelle, parce que c'est celle-là qui a pour fonction de trouver les limites de la réparation (c'est-à-dire de permettre au juge de ne retenir que le dommage qui mérite d'être réparé)<sup>773</sup>, alors que l'analyse de la causalité naturelle relève du simple établissement des faits. Il est vrai que, de la sorte, on étend apparemment la définition purement probabiliste de la causalité adéquate<sup>774</sup>.

522. D'ailleurs, le plus souvent, le débiteur apporte la preuve en question en démontrant que l'inexécution au sens large est due, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, à un empêchement hors de sa sphère d'influence<sup>775</sup>, à l'image de ce qui est prévu par l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>776</sup>. Or, l'on a déjà eu l'occasion de relever qu'il existe un **lien logique, et pratique, entre l'exonération en vertu de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM et l'idée d'interruption de la causalité pertinente (adéquate)**<sup>777</sup>.

### 2.3.2. Lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur la faute (art. 97 al. 1 CO)

523. Lorsque la notion de faute est pertinente – car le débiteur ne répondrait pour son propre fait que si une faute lui était imputable (art. 97 al. 1 CO) – la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO peut être précisée comme suit : le débiteur doit établir que, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, on ne pourrait lui reprocher aucune faute<sup>778</sup>. D'une certaine manière, **la notion de faute, pertinente pour l'application de l'art. 97 al. 1 CO, déteint alors sur l'art. 101 al. 1 CO, sous la forme du critère de la faute hypothétique**<sup>779</sup>.

---

<sup>772</sup> A propos de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO en tant que preuve de l'absence d'une cause pertinente en droit, cf. *supra*, notamment N 518.

<sup>773</sup> Cf., par exemple, DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 30, et REY, N 522 ss.

<sup>774</sup> Cf., par exemple, DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 31, et REY, N 525 ss avec réf.

<sup>775</sup> Pour un exemple en cas d'incapacité de discernement de l'auxiliaire, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 513.

<sup>776</sup> S'agissant de l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss. Pour une comparaison de la preuve libératoire à la disposition du débiteur selon l'art. 101 al. 1 CO avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe II.2.4.2., p. 184, N 538 ss.

<sup>777</sup> A propos du lien entre la causalité pertinente de l'art. 80 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 87. Sur le lien entre la causalité pertinente de l'art. 77 phr. 2 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., notamment N 128.

<sup>778</sup> Pour le critère selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 455.

<sup>779</sup> Sur le critère de la faute hypothétique, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 456.

524. Dans ce contexte, la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO ne consiste pas seulement en la preuve d'une absence de causalité pertinente en droit (adéquante), ce qui vaut de manière générale<sup>780</sup>, mais elle **revient également à libérer le débiteur en l'absence de faute objective**<sup>781</sup>.

525. A notre sens, si une partie de la doctrine nie le caractère causal de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, c'est surtout parce qu'elle **ne prend en considération que cette hypothèse particulière**, à savoir celle dans laquelle la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est engagée selon l'art. 97 al. 1 CO<sup>782</sup>. Toutefois, si cette hypothèse est certes la plus fréquente en pratique et celle qui vaut de manière générale en l'absence de dispositions spéciales<sup>783</sup>, il n'en reste pas moins qu'il existe des exceptions au principe que l'art. 97 al. 1 CO énonce et, en pratique, cette disposition n'est, donc, pas toujours pertinente<sup>784</sup>.

## 2.4. Synthèse, comparaison et considérations finales

526. Dans ce sous-chapitre, il s'agira d'abord de résumer le résultat de l'analyse (II.2.4.1.), avant de comparer ce dernier avec le régime de la responsabilité du débiteur, notamment pour ses auxiliaires, prévue dans les réglementations des codifications supranationales récentes (II.2.4.2.). Enfin, on fera quelques considérations sur la portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur (II.2.4.3.).

### 2.4.1. Synthèse

527. L'analyse conduite dans les sous-chapitres précédents (II.2.1. à II.2.3., N 438 ss) a mis en évidence que la responsabilité du débiteur, notamment la preuve libératoire à la disposition de ce dernier en matière de responsabilité pour des auxiliaires, dépend, avant tout et fortement, de **ce que les parties au rapport d'obligation ont valablement convenu**<sup>785</sup> (cf. notamment l'art. 99 al. 2

---

<sup>780</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO en général, cf. le paragraphe II.2.3.1., p. 176, N 517 ss.

<sup>781</sup> Cf. WEBER 2, N 137 *ad* art. 101 CO.

<sup>782</sup> Cf. WEBER 2, N 4 et 136 *ad* art. 101 CO.

<sup>783</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale pour l'ensemble de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.1.1., notamment N 302.

<sup>784</sup> A propos du fait que la concrétisation de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO dans l'optique de l'art. 97 al. 1 CO ne rend pas compte de toutes les situations, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 459.

<sup>785</sup> Sur le fait que la manière dont le débiteur doit se comporter dépend de ce que les parties ont convenu, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

CO<sup>786</sup>). En particulier, celles-ci peuvent modifier le critère, en principe subjectif, selon lequel on juge de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO<sup>787</sup>.

528. Elle montre également qu'en application des principes qui régissent l'interprétation de l'accord des parties, notamment selon la théorie de la confiance<sup>788</sup>, il est plus facile d'admettre l'existence de certains **aménagements contractuels** que d'autres.

529. Ainsi, il se justifie parfois de poser des **exigences élevées en matière de formulation de certaines clauses contractuelles** et de ne retenir que celles-ci existent que si elles expriment clairement la volonté commune des parties. En particulier, il faut formuler clairement la convention prévoyant deux niveaux de responsabilité différents, l'un pour la responsabilité du débiteur pour son fait personnel et l'autre concernant la responsabilité pour ses auxiliaires<sup>789</sup> ; celle qui objective la faute et enlève toute pertinence à la diligence dont le débiteur est subjectivement capable<sup>790</sup> ; ainsi que celle qui stipule que le débiteur ne doit que la diligence, inférieure, dont est personnellement capable l'auxiliaire qu'il a chargé d'accomplir la prestation due<sup>791</sup>.

530. Dans la mesure où ces aménagements contractuels, notamment les deux derniers types de clause, correspondent à une restriction de la responsabilité du débiteur, après avoir admis, le cas échéant, que les parties ont stipulé une telle convention, **il faut encore juger de la validité de celle-ci** à l'aune de l'art. 100 CO, respectivement de l'art. 101 al. 2 et 3 CO<sup>792</sup>.

531. En revanche, **l'on admettra facilement** que l'accord qui objective la faute n'enlève pas toute pertinence à la diligence dont le débiteur est personnellement capable, mais au contraire s'ajoute au régime légal, dans le sens que le débiteur doit faire preuve de la diligence objective prévue au contrat, mais également ne pas commettre subjectivement de faute<sup>793</sup>. De même, lorsqu'un

---

<sup>786</sup> A propos de l'art. 99 al. 2 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 480.

<sup>787</sup> Sur le fait que les parties au rapport d'obligation peuvent déroger au critère subjectif selon lequel on juge de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 467.

<sup>788</sup> A propos de l'interprétation de l'accord des parties, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 479.

<sup>789</sup> A propos des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle prévoyant deux niveaux de responsabilité différents pour les agissements du débiteur lui-même et ceux des auxiliaires de ce dernier, cf. le paragraphe II.2.1., notamment N 441.

<sup>790</sup> Sur la clause contractuelle qui objective la faute et enlève toute pertinence à la diligence dont le débiteur est personnellement capable, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 476.

<sup>791</sup> A propos des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle stipulant que le débiteur ne doit que la diligence, inférieure, dont son auxiliaire est personnellement capable, cf. le paragraphe II.2.2.3.A., notamment N 498.

<sup>792</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>793</sup> A propos des deux types de rapport imaginables s'agissant de la relation entre l'aménagement contractuel qui objective la diligence due et le régime légal, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment

débiteur s'oblige à fournir une prestation en tant que professionnel et qu'il n'est pas « tenu d'exécuter personnellement son obligation » au sens de l'art. 68 CO<sup>794</sup>, le créancier a raison de comprendre l'engagement de l'autre dans le sens que la dette sera pour le moins exécutée avec une diligence correspondant objectivement au standard qui est admis généralement dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le débiteur appartient, outre qu'avec la diligence dont ce dernier est subjectivement capable<sup>795</sup>. En outre, si, au su du créancier, le débiteur fait appel à un spécialiste dans le cadre de l'exécution d'obligations qui exigent effectivement des compétences spéciales ou communique à sa contrepartie les compétences plus étendues de son auxiliaire, il fonde chez le créancier la conviction légitime qu'il est tenu de la diligence, supérieure, dont cet auxiliaire est personnellement capable<sup>796</sup>. Ces interprétations de l'accord des parties sont le plus souvent pertinentes même en l'absence d'une commune et réelle intention des cocontractants, car elles résultent de l'application de la théorie de la confiance.

532. En pratique, **de tels aménagements contractuels sont très fréquents**<sup>797</sup>.

533. Par ailleurs, **les parties au rapport d'obligation peuvent également convenir**, de manière expresse ou tacite, que la dette sera exécutée avec une diligence supérieure à celle dont le débiteur est personnellement capable et que seul un spécialiste peut avoir indépendamment de la question du recours à un auxiliaire<sup>798</sup> ; voire prévoir une responsabilité du débiteur indépendante de toute capacité de discernement<sup>799</sup>.

534. Compte tenu de ce qui précède, **en général**, si les parties n'ont pas stipulé deux niveaux de responsabilité différents, l'un pour la responsabilité du débiteur pour son fait personnel et l'autre concernant la responsabilité pour ses auxiliaires, **le débiteur doit établir** qu'il n'aurait pas été tenu pour respon-

---

N 475. Sur celui entre ces deux rapports qui vaut en règle générale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 477.

<sup>794</sup> Sur les deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 482.

<sup>795</sup> Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 471.

<sup>796</sup> A propos de la clause contractuelle stipulant que le débiteur doit la diligence, supérieure, dont son auxiliaire est personnellement capable, cf. le paragraphe II.2.2.3.B., notamment N 503.

<sup>797</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

<sup>798</sup> Sur l'accord prévoyant une diligence supérieure à celle dont le débiteur est personnellement capable, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 469.

<sup>799</sup> Sur l'accord prévoyant une responsabilité du débiteur indépendante de toute capacité de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 514.



sable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, pour s'exonérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO<sup>800</sup>.

535. Lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute de sa part en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO, **la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO peut être précisée** comme suit : le débiteur doit prouver qu'on ne pourrait lui reprocher aucune faute (en principe, subjective<sup>801</sup>) s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire<sup>802</sup>.

536. **En cas d'objectivation de la faute**, le débiteur doit, en général, établir que, s'il avait agi comme son auxiliaire l'a fait, non seulement on ne pourrait lui reprocher aucune faute subjective, mais qu'il aurait également fait preuve de la diligence à laquelle il était tenu objectivement<sup>803</sup>. En pratique, seule cette diligence objective est déterminante si celle-ci est supérieure à celle dont le débiteur est personnellement capable, et *vice versa*.

537. Enfin, on a constaté que **la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO relève de la causalité** : le débiteur établit que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance du dommage subi par le créancier, puisqu'il n'aurait pas dû répondre de ce préjudice s'il avait eu le même comportement que son auxiliaire (raisonnement hypothétique de causalité adéquate)<sup>804</sup>. Dans le cas précis où l'art. 101 al. 1 CO est le pendant de l'art. 97 al. 1 CO<sup>805</sup>, la preuve libératoire en question revient également à libérer le débiteur en l'absence de faute objective<sup>806</sup>.

---

<sup>800</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>801</sup> Concernant le degré de la diligence due en l'absence d'accord particulier des parties, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., p. 156, N 462 ss.

<sup>802</sup> Pour le critère selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 455.

<sup>803</sup> Sur le critère selon lequel on juge, en général, de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la faute est objectivée, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 478.

<sup>804</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO en général, cf. le paragraphe II.2.3.1., p. 176, N 517 ss.

<sup>805</sup> Pour des concrétisations de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO en fonction du contexte légal, cf. le paragraphe II.2.1.2., p. 150, N 448 ss.

<sup>806</sup> S'agissant de la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.3.2., p. 178, N 523 ss.

## 2.4.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes

538. L'action en dommages-intérêts prévue par la Convention ne présuppose pas de faute (subjective) du débiteur ou des tiers dont celui-ci répond<sup>807</sup>. Selon TERCIER, « c'est là une différence essentielle avec le droit suisse »<sup>808</sup>. Cette affirmation soulève le doute suivant : la nature objective du régime de responsabilité du débiteur prévu par la Convention **empêche-t-elle tout rapprochement** entre cette responsabilité et celle prévue par le Code des obligations?

539. Les développements qui suivent montrent que la responsabilité du débiteur selon la Convention et celle du Code des obligations sont **plus semblables que ce qu'on pourrait croire à première vue**.

### A. *Similitude de la structure des régimes*

540. Premièrement, **la structure des deux régimes de responsabilité est similaire**. En effet, tant selon la Convention que selon le droit interne suisse de manière générale, si le créancier établit que les conditions de l'action en dommages-intérêts (c'est-à-dire inexécution au sens large, dommage et lien de causalité entre la première et le deuxième) sont réalisées, le débiteur doit en principe réparer le préjudice, à moins qu'il ne prouve qu'il doit en être exonéré<sup>809</sup>. Dans la Convention, la preuve libératoire limitant la responsabilité du débiteur est énoncée à l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>810</sup> ; parmi les dispositions générales du Code des obligations, elle est en particulier mentionnée à l'art. 97 al. 1 *in fine* CO et admise implicitement à l'art. 101 al. 1 CO.

### B. *Similitude de la preuve libératoire prévue par les régimes*

541. Deuxièmement, les preuves libératoires prévues par les deux régimes **ne diffèrent que légèrement** l'une de l'autre<sup>811</sup>. En effet, l'exigence d'un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sous-entend celle d'une absence de faute objective, étant donné que la pierre angulaire concernant la réalisation des conditions de l'exonération est constituée par ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant raison-

<sup>807</sup> Concernant le caractère objectif de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention, cf. le paragraphe I.2.1.2.A., p. 86, N 254 ss.

<sup>808</sup> TERCIER, *contrats spéciaux*, N 1484.

<sup>809</sup> Dans le même sens BUCHER, p. 346 n. 70.

<sup>810</sup> Concernant le fait que l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM énonce une preuve libératoire, cf. le paragraphe I.2.1.3. A., p. 88, N 259 s.

<sup>811</sup> Dans le même sens BUCHER, p. 347.

nable et diligent dans la même situation<sup>812</sup>. Or, il résulte de l'analyse qui suit que, à plusieurs égards, l'on juge de la preuve libératoire prévue par les art. 97 al. 1 *in fine* et 101 al. 1 CO selon un critère similaire à celui employé lors de l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM.

### C. *Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui*

542. Sauf dispositions spéciales, dans le système bipartite du droit interne suisse, selon VON TUHR et ESCHER, un débiteur ne répondrait que de sa faute et de celle de ses auxiliaires<sup>813</sup>. Aujourd'hui cette conception est en partie affinée. En effet, il est notamment admis que, selon l'art. 101 al. 1 CO, si un débiteur fait exécuter une obligation (au sens technique) par un tiers (son auxiliaire), il peut être responsable du dommage subi par le créancier même s'il n'a subjectivement commis aucune faute<sup>814</sup> et que l'auxiliaire également n'en a personnellement commis aucune<sup>815</sup> : sous l'angle de la preuve libératoire, seul est déterminant le fait de savoir si le premier aurait engagé sa responsabilité, s'il avait agi lui-même comme le deuxième<sup>816</sup>. De même, si la preuve libératoire est apportée, le débiteur est exonéré de sa responsabilité même s'il se trouve que l'auxiliaire a subjectivement commis une faute<sup>817</sup>. Enfin, un débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire quand bien même celui-ci serait incapable de discernement et, par conséquent, ne pourrait même pas commettre de faute<sup>818</sup>. Il en résulte que l'art. 101 al. 1 CO prévoit une responsabilité qui, en soi, est indépendante de toute faute subjective<sup>819</sup>.

543. Lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute de sa part en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO, pour juger de la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO, il faut, en général, déterminer

---

<sup>812</sup> Sur l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261.

<sup>813</sup> VON TUHR/ESCHER, § 69 I, p. 114, et § 70 III, p. 129.

<sup>814</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que le débiteur n'a pas commis de faute par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 443.

<sup>815</sup> A propos de l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire n'a commis aucune faute subjective sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.3.A., notamment N 496.

<sup>816</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire au sens de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>817</sup> A propos de l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire a commis une faute subjective sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.3.B., notamment N 502.

<sup>818</sup> Pour le fait que le débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire même si ce dernier est incapable de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 509.

<sup>819</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO en général, cf. le paragraphe II.2.3.1., p. 176, N 517 ss.

si la dette a été exécutée par l'auxiliaire avec la diligence que le créancier eût été en droit d'attendre de la part du débiteur compte tenu des circonstances concrètes<sup>820</sup>, notamment du rapport d'obligation liant le débiteur au créancier<sup>821</sup>. Le plus souvent<sup>822</sup>, cette diligence correspond pour le moins au standard objectif qui est pratiqué d'habitude dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le débiteur appartient<sup>823</sup>. La preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO revient à libérer le débiteur en l'absence de faute objective<sup>824</sup> et est similaire à celle prévue par l'art. 79 al. 2 CVIM, qui sous-entend aussi l'exigence d'une absence de faute objective<sup>825</sup>.

**Exemple 1 :** Dans les deux régimes, le débiteur ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a bien choisi, bien instruit et bien surveillé son auxiliaire<sup>826</sup>.

**Exemple 2 :** De même, dans les deux régimes, le débiteur ne peut pas non plus s'exonérer en établissant que l'auxiliaire a violé les instructions qu'il lui avait imparties<sup>827</sup>.

544. D'ailleurs, la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO est **difficile à apporter** ; elle échoue le plus souvent<sup>828</sup>. De manière similaire, l'on juge avec sévérité de la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>829</sup>.

<sup>820</sup> Sur le critère de la faute hypothétique, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 456.

<sup>821</sup> A propos du fait que la manière dont le débiteur doit se comporter dépend de ce que les parties ont convenu, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

<sup>822</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

<sup>823</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 137 *ad* art. 101 CO (« durchschnittlichen Schuldner »). Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 471 ; ainsi que le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 488.

<sup>824</sup> S'agissant de la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur pour son fait personnel est fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.3.2., p. 178, N 523 ss.

<sup>825</sup> Sur l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261.

<sup>826</sup> A propos de l'absence de pertinence du fait que le débiteur a bien choisi, instruit et surveillé le tiers par rapport à la preuve libératoire de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.C., notamment N 210. Sur l'absence de pertinence du fait que le débiteur a bien choisi, instruit et surveillé l'auxiliaire par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 444.

<sup>827</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que le tiers a violé les instructions reçues par rapport à la preuve libératoire de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.C., notamment N 210. A propos de l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire a violé les instructions reçues par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 445.

<sup>828</sup> CR-THÉVENOZ, N 26 *ad* art. 101 CO.

<sup>829</sup> Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

545. En pratique, **ces similarités** en matière d'exonération de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui **sont d'autant plus importantes** que l'on peut s'attendre à ce que statistiquement, lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, elle le soit plus fréquemment pour le fait d'un tiers que pour le propre fait du débiteur<sup>830</sup>.

546. Cependant, la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO et celle prévue par l'art. 79 al. 2 CVIM **diffèrent par la manière dont le raisonnement hypothétique est construit** : la première est centrée sur le débiteur, la deuxième sur le tiers. En effet, selon l'art. 101 al. 1 CO, seul est déterminant le fait de savoir si le *débiteur* aurait été tenu pour responsable s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait ; selon l'art. 79 al. 2 CVIM, il faut que le *tiers* soit exonéré en vertu de l'art. 79 al. 1 CVIM s'il était le débiteur<sup>831</sup>.

547. Entre ces deux approches, **nous préférons celle du Code des obligations** qui, focalisant le raisonnement hypothétique sur le débiteur, concentre l'attention sur celui qui est le véritable sujet de la responsabilité.

548. **Une telle différence de focalisation n'affecte pas la similitude matérielle** des deux preuves libératoires en matière de responsabilité pour le fait d'autrui : de fait, dans l'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur<sup>832</sup>, résultat matériel que produit l'application de l'art. 101 al. 1 CO également<sup>833</sup>.

#### D. *Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur pour son propre fait*

549. Comme on l'a vu, de fait, **la preuve libératoire prévue par l'art. 97 al. 1 in fine CO** présuppose très fréquemment une absence de faute objective<sup>834</sup>. Une telle preuve libératoire **est alors similaire** à celle prévue par l'art. 79 al. 1 CVIM, qui sous-entend aussi l'exigence d'une absence de faute objective<sup>835</sup>.

---

<sup>830</sup> A propos de l'importance pratique de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui, cf. l'Introduction, notamment N 17.

<sup>831</sup> S'agissant des conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.C., p. 73, N 210.

<sup>832</sup> SCHLECHTRIEM-STOLL, N 35 *ad* art. 79 CVIM. Sur le fait qu'en matière de responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui selon les Principes tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 854.

<sup>833</sup> Sur l'idée que le débiteur répond du comportement de son auxiliaire comme du sien propre, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>834</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

<sup>835</sup> Sur l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261.

550. D'ailleurs, la preuve libératoire admise par l'art. 97 al. 1 CO est **difficile à apporter** ; elle échoue presque toujours<sup>836</sup>. De manière similaire, l'on juge avec sévérité de la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>837</sup>.

551. En matière de responsabilité du débiteur pour son propre fait, la similitude de la preuve libératoire prévue par les deux régimes est encore plus marquée si l'on limite la comparaison au **champ d'application *ratione materiae* de la Convention**. En effet, dans le domaine de la vente internationale de marchandises, le débiteur s'oblige à fournir une prestation en tant que commerçant ou professionnel et l'exécution de l'obligation relève presque toujours du bon fonctionnement d'une organisation mise en place à l'avance et dépersonnalisée<sup>838</sup>, de sorte que les deux indices permettant de reconnaître que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO a été objectivée par les parties au rapport d'obligation sont presque toujours réunis cumulativement<sup>839</sup>.

552. Lors de la description de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention, l'on a constaté qu'il est toujours possible de distinguer entre l'inexécution au sens large d'une obligation, y compris d'une obligation de moyens, et la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM. En effet, même si tant l'une que l'autre sont évaluées selon un critère objectif, les standards ne sont pas les mêmes<sup>840</sup> : l'on juge de l'inexécution au sens large de toute obligation, y compris des obligations de moyens, selon un critère objectif et abstrait<sup>841</sup>, alors qu'on évalue la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM selon un critère certes objectif, mais concret<sup>842</sup>. A notre avis, **le même constat s'impose, pour des raisons analogues, selon le droit interne suisse** si la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO a été objectivée par les parties au rapport d'obligation, en particulier lorsqu'il est question de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens<sup>843</sup>.

---

<sup>836</sup> CR-THÉVENOZ, N 58 *ad* art. 97 CO.

<sup>837</sup> Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

<sup>838</sup> Sur l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>839</sup> Sur les deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 482.

<sup>840</sup> Sur les standards qui ne sont pas les mêmes, cf. le paragraphe I.1.3.2.C., notamment N 156.

<sup>841</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe I.1.2.1. B., notamment N 108.

<sup>842</sup> Sur le critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>843</sup> *Contra* CR-THÉVENOZ, N 57 *ad* art. 97 CO avec réf. ; WEBER 2, N 38 *ad* art. 99 CO avec réf. ; BUCHER, p. 347.

E. *Similitude concernant l'exonération de la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation*

553. **A première vue**, la responsabilité du débiteur prévue par la Convention et celle du Code des obligations semblent différer fortement par la manière dont l'incapacité de discernement est appréhendée.

554. D'une part, en droit interne suisse, la faute au sens de l'**art. 97 al. 1 in fine CO** **présuppose la capacité de discernement**. Un débiteur n'ayant pas celle-ci n'est pas responsable du dommage résultant de l'inexécution au sens large en vertu de l'art. 97 al. 1 CO.<sup>844</sup>

555. **La capacité de discernement est relative** : « le juge doit rechercher *in concreto*, pour un acte déterminé ou une série d'actes, si le défendeur la possédait au moment où il a accompli celui qui a donné lieu au litige »<sup>845</sup>. Pour en juger, il doit se baser sur les circonstances particulières du cas d'espèce et en particulier également sur les qualités subjectives (maturité, capacités intellectuelles, état de santé, etc.) du débiteur au moment du comportement dommageable<sup>846</sup>.

556. De l'avis même des auteurs soutenant qu'il faut généraliser l'évaluation de la faute selon un critère objectif<sup>847</sup>, la nature subjective de la capacité de discernement – résultant du fait de prendre en considération les qualités personnelles du débiteur – **limite l'objectivation de la faute** qu'ils proposent<sup>848</sup>.

557. D'autre part, dans la réglementation de la Convention, la notion de sphère d'influence du débiteur est l'étalon sur lequel se base la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM et, en général, l'inexécution au sens large d'une obligation n'est pas due à un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, si elle résulte notamment d'un fait qui relève de l'organisation que celui-ci (voire une tierce personne, dépendante ou indépendante, dont il répond) a mis en place pour accomplir la prestation due<sup>849</sup>. Ainsi, le débiteur n'est, d'ordinaire, pas exonéré de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large, si celle-ci est due à la perte de l'un de ses collaborateurs, à un mouvement de grève qui concerne sa seule entreprise, ou à une défaillance survenue dans la production des marchandises ou dans l'administration de l'entreprise.

---

<sup>844</sup> CR-THÉVENOZ, N 50 *ad* art. 97 CO.

<sup>845</sup> ATF 90/1964 II 9, consid. 3, p. 12 ; ainsi que plus récemment, par exemple, WEBER 2, N 43 *ad* art. 99 CO, et OFTINGER/STARK, I, § 5 N 118.

<sup>846</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 43 *ad* art. 99 CO, et OFTINGER/STARK, I, § 5 N 118.

<sup>847</sup> Pour une critique de la doctrine absolutisant l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 490.

<sup>848</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 36 et 43 *in fine ad* art. 99 CO et OFTINGER/STARK, I, § 5 N 113.

<sup>849</sup> A propos de la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se base l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 281.

En effet, de tels empêchements relèvent de la personne du débiteur ou des tiers dont il répond et sont, en principe, à la charge du débiteur, l'idée étant que la structure voulue par ce dernier (personnellement ou par l'intermédiaire d'une personne dont il répond) pour fournir la prestation due ne doit pas souffrir de ce genre d'événements.<sup>850</sup> Sous cet angle, la responsabilité du débiteur prévue par **la Convention inclut une responsabilité du fait de l'organisation**<sup>851</sup>.

558. Il **ne suffit alors pas que** le débiteur prouve son incapacité de discernement ou celle d'un de ses collaborateurs, pour qu'il soit libéré de sa responsabilité.

559. **En réalité**, ce qui suit montre que les similarités sont importantes même sur la manière dont la responsabilité du débiteur prévue par la Convention et celle du Code des obligations appréhendent l'incapacité de discernement.

560. En premier lieu, selon STOLL et GRUBER, des **exceptions à la responsabilité du fait de l'organisation prévue par la Convention** peuvent résulter de la nature particulière du contrat que les parties ont conclu<sup>852</sup>. Tel est le cas, en général, lorsqu'il est reconnaissable pour le créancier que la prestation qui lui est due est taillée sur les capacités et les connaissances personnelles du débiteur ou d'un des collaborateurs de celui-ci<sup>853</sup>. Le débiteur est alors libéré de sa responsabilité si l'inexécution au sens large de l'obligation est due au fait (imprévisible) qu'il a perdu un tel collaborateur et que cette perte a été hors de son influence et de celle des tiers dont il répond<sup>854</sup>. En particulier, dans un tel contexte, il suffit en principe d'apporter la preuve que la personne qui aurait dû exécuter la prestation due est devenue incapable de discernement (de manière imprévisible et sans que cela soit aucunement imputable au débiteur), pour que le débiteur soit exonéré de sa responsabilité.

561. Selon STOLL, cette solution se fonde finalement sur le contrat lui-même qui lie le débiteur au créancier, cet accord devant prévaloir sur toute interprétation rigide de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>855</sup>. Autrement dit, de la même manière que selon le droit interne suisse, l'étendue de la responsabilité du débiteur dépend d'abord des **circonstances dans lesquelles le rapport d'obligation s'insère** et il faut notamment prendre en considération la nature particulière de

<sup>850</sup> Sur le caractère externe de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 169.

<sup>851</sup> A propos des trois composantes de la responsabilité du débiteur selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 282.

<sup>852</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(ANGLAIS)-STOLL/GRUBER, N 15 *ad* art. 79 CVIM avec réf. Cf. également CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message Convention*, § 235.41 b, p. 788 s.

<sup>853</sup> PILTZ, § 4 N 225.

<sup>854</sup> Dans le même sens SOERTEL/SIEBERT-LÜDERITZ/DETTMEIER, N 11 *ad* art. 79 CVIM; cf. également le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

<sup>855</sup> SCHLECHTRIEM-STOLL, N 17 *in fine ad* art. 79 CVIM. Cf. également le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 265.



l'affaire liant le débiteur au créancier pour en juger<sup>856</sup>. Cela est cohérent avec la raison d'être de l'art. 79 CVIM<sup>857</sup>.

562. Autre similitude avec le droit national suisse, l'exception mentionnée ici concerne **une hypothèse** (extrêmement rare, lorsque la Convention s'applique<sup>858</sup>) dans laquelle les deux indices permettant de reconnaître que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO a été objectivée par les parties au rapport d'obligation ne sont pas réunis cumulativement, **le deuxième indice faisant défaut**<sup>859</sup>.

563. En deuxième lieu, l'on a vu que, **selon le droit interne suisse**, un débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire quand bien même celui-ci serait incapable de discernement et, par conséquent, ne pourrait même pas commettre de faute<sup>860</sup>.

564. L'analyse de la preuve libératoire à la disposition du débiteur selon l'art. 101 al. 1 CO lorsque l'auxiliaire est incapable de discernement a, en outre, mis en évidence qu'il faut distinguer deux hypothèses<sup>861</sup>. Si l'inexécution au sens large résulte des agissements d'un auxiliaire incapable de discernement alors que le débiteur n'aurait pas perdu sa capacité de discernement s'il avait agi à la place de son auxiliaire, le débiteur ne peut pas tirer argument de l'incapacité de discernement de ce dernier<sup>862</sup>. Par contre, lorsque le dommage subi par le créancier aurait, de toute façon, été causé par une personne incapable de discernement, que le débiteur eût exécuté personnellement son obligation ou s'en fût remis à un tiers, le débiteur n'est tenu pour responsable des agissements de son auxiliaire que si, en ayant agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, il aurait dû répondre de son propre comportement même s'il avait été incapable de discernement<sup>863</sup>. Or, une telle responsabilité du débiteur **pour son**

---

<sup>856</sup> A propos de l'influence de la nature particulière de l'affaire sur l'interprétation de l'accord éventuel des parties concernant la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 481.

<sup>857</sup> Concernant la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>858</sup> Sur le fait que, lorsque la Convention s'applique, les deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO sont presque toujours réunis, cf. le paragraphe II.2.4.2.D., notamment N 551.

<sup>859</sup> Sur le deuxième des deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 484.

<sup>860</sup> Pour le fait que le débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire même si ce dernier est incapable de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 509.

<sup>861</sup> Sur la distinction entre deux situations en matière de responsabilité du débiteur pour un auxiliaire incapable de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 510.

<sup>862</sup> A propos de la situation juridique sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO si l'auxiliaire est incapable de discernement alors que le débiteur ne l'aurait pas été, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 511.

<sup>863</sup> Sur la situation juridique sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO si l'auxiliaire est incapable de discernement alors que le débiteur l'aurait été aussi, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 512.

**fait personnel indépendante de toute capacité de discernement** peut résulter soit d'un accord des parties au rapport d'obligation sur l'étendue de la responsabilité<sup>864</sup>, soit d'une application de l'art. 54 al. 1 CO.

565. En effet, le Code des obligations traite de la responsabilité des personnes dont la capacité de discernement est altérée à l'art. 54 CO. En particulier, aux termes de l'**art. 54 al. 1 CO**, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé, si l'équité l'exige. Cette disposition s'applique aux personnes incapables de discernement pour cause durable ou pour cause passagère non fautive<sup>865</sup>. Elle est apte à fonder la responsabilité du débiteur tant en matière délictuelle que contractuelle<sup>866</sup> et consiste à traiter l'auteur du dommage comme s'il était capable de discernement, si l'équité l'exige<sup>867</sup>. Il faut notamment une faute fictive<sup>868</sup>.

566. Le fondement d'une telle responsabilité indépendante de toute capacité de discernement du débiteur ne peut pas être la faute, même pas une faute objectivée de la façon proposée par une partie de la doctrine<sup>869</sup>. Il s'agit, au contraire, **d'une responsabilité causale fondée sur l'équité**<sup>870</sup>. Il en résulte qu'à condition que l'équité l'exige, un débiteur répond du dommage causé indépendamment de toute capacité de discernement en vertu de l'art. 54 al. 1 CO, et parallèlement de l'art. 101 al. 1 CO.

En revanche, l'art. 54 al. 2 CO n'institue pas une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, mais bien une responsabilité fondée sur la faute, où celle-ci tient au fait que l'incapacité passagère de discernement est survenue fautivement<sup>871</sup>. Cette disposition est donc peu intéressante si l'on

<sup>864</sup> A propos du fait que les parties au rapport d'obligation peuvent déroger au critère subjectif selon lequel on juge de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 467.

<sup>865</sup> CR-WERRO, N 1 *ad* art. 54 CO ; ainsi que SPIRO, § 62 n. 8, p. 252.

<sup>866</sup> ATF 103/1977 II 330, consid. 4b.aa, p. 336 ; ainsi que plus récemment CR-WERRO, N 3 *ad* art. 54 CO avec réf. ; BaK-SCHNYDER, N 2 *ad* art. 54 CO ; WEBER 2, N 52 *ad* art. 99 CO.

<sup>867</sup> BREHM, N 49, ainsi que N 12 et 17, *ad* art. 54 CO ; YUNG, *actes juridiques*, p. 301 ; CR-WERRO, N 12 *ad* art. 54 CO avec réf.

<sup>868</sup> BREHM, N 17 *ad* art. 54 CO avec réf. ; YUNG, *actes juridiques*, p. 293 ; dans le même sens CR-WERRO, N 11 *ad* art. 54 CO ; *contra* GUINAND, *personnes incapables*, p. 404.

<sup>869</sup> Sur le fait que la nature subjective de la capacité de discernement limite l'objectivation de la faute, cf. *supra*, notamment N 556.

<sup>870</sup> ATF 122/1996 III 262, consid. 2a.aa, p. 266 ; BREHM, N 9 *ad* art. 54 CO ; dans le même sens déjà DESCHENAUX/TERCIER, § 14 N 6. Ces auteurs critiquent notamment un arrêt antérieur du Tribunal fédéral qui semblait vouloir fonder la responsabilité de l'art. 54 al. 1 CO sur la notion de risque (ATF 103/1977 II 330, consid. 4b.aa, p. 335 ; DESCHENAUX/TERCIER, § 14 N 5).

<sup>871</sup> BaK-SCHNYDER, N 1 et 10 *ad* art. 54 CO ; CR-WERRO, N 1 *ad* art. 54 CO ; WEBER 2, N 48 *ad* art. 99 CO. Cf. également le cas classique de l'*actio libera in causa* en droit pénal (GRAVEN, p. 235 ss ; KILLIAS/DÉNÉRAZ, N 925 ss).

cherche à mettre en évidence les cas dans lesquels un débiteur est responsable indépendamment de toute capacité de discernement.

567. Une telle responsabilité indépendante de toute capacité de discernement peut également résulter d'un **accord des parties au rapport d'obligation sur la mesure de la responsabilité**. Par exemple, WEBER remarque qu'elle est régulièrement convenue dans les conditions générales des banques<sup>872</sup>. Néanmoins, elle relève d'une logique inhabituelle en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation. En raison de cette étrangeté par rapport (notamment) à la responsabilité prévue par l'art. 97 al. 1 CO, lorsqu'elle n'est pas convenue expressément, elle ne satisfait le sens de l'équité et ne doit être admise que si, compte tenu des circonstances concrètes, elle correspond à la volonté hypothétique de parties raisonnables et honnêtes ; de manière similaire à ce qui se passe en matière d'objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO<sup>873</sup>.

568. Ainsi, pour savoir si les parties au rapport d'obligation ont convenu que le débiteur est responsable du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation malgré l'incapacité de discernement de l'auteur du préjudice, **il faut interpréter les éventuelles manifestations de volonté des parties**, le cas échéant selon la théorie de la confiance<sup>874</sup>. Lors de cette interprétation, il faut notamment prendre en considération la nature particulière de l'affaire liant le débiteur au créancier, conformément à l'art. 99 al. 2 CO<sup>875</sup>.

569. En pratique, sous cet angle, c'est-à-dire en fonction de la nature particulière de l'affaire liant le débiteur au créancier, l'on doit nier que les parties au rapport d'obligation ont convenu tacitement une telle responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, dans les hypothèses où les deux indices permettant de reconnaître que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO a été objectivée ne sont pas réunis cumulativement<sup>876</sup>. Il est difficile, en revanche, de savoir si, en appliquant la théorie de la confiance, il faut partir de l'idée non seulement que la faute a été objectivée (le plus souvent, partielle<sup>877</sup>), mais également que la seule incapacité de discernement de l'auteur

---

<sup>872</sup> WEBER 2, N 53 *ad* art. 99 CO.

<sup>873</sup> Concernant les indices permettant de reconnaître l'objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C, p. 161, N 479 ss.

<sup>874</sup> A propos de l'interprétation de l'accord des parties, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 479.

<sup>875</sup> A propos de l'influence de la nature particulière de l'affaire sur l'interprétation de l'accord éventuel des parties concernant la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 481.

<sup>876</sup> A propos des deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute au sens de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 482.

<sup>877</sup> Sur les deux types de rapport imaginables s'agissant de la relation entre l'aménagement contractuel qui objective la diligence due et le régime légal, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 475. A propos de celui entre ces deux rapports qui vaut en règle générale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 477.

du dommage ne suffit pas à libérer le débiteur de sa responsabilité dans l'hypothèse contraire, soit lorsque ces deux indices sont réunis cumulativement. A notre avis, tel est le cas. En effet, dans la société occidentale actuelle, lorsqu'un débiteur s'oblige à fournir une prestation en tant que professionnel et que l'exécution de l'obligation relève du bon fonctionnement d'une organisation conçue *a priori* et dépersonnalisée, **le créancier a raison de comprendre l'engagement du débiteur** dans le sens que la seule incapacité de discernement de celui-ci ou d'un de ses auxiliaires ne suffit pas à l'exonérer de sa responsabilité, à moins que les parties n'aient expressément convenu le contraire.

570. De la même façon que pour une certaine objectivation de la faute<sup>878</sup>, **cette hypothèse est très fréquente.**

571. Il résulte de ce qui précède que le droit interne suisse connaît **deux voies** pouvant conduire à une responsabilité du débiteur indépendante de toute capacité de discernement de l'auteur du dommage : il s'agit, d'une part, de l'éventuel accord entre les parties au rapport d'obligation sur la mesure de la responsabilité et, d'autre part, de l'application de l'art. 54 al. 1 CO et, parallèlement, de l'art. 101 al. 1 CO.

572. En pratique, ces deux voies, c'est-à-dire tant l'application des art. 54 al. 1 et 101 al. 1 CO que l'interprétation d'un éventuel accord des parties au rapport d'obligation, sont largement tributaires du concept d'équité. Même si la référence à l'équité diffère sous plusieurs aspects, l'on peut s'attendre à ce qu'elles **fondent, le plus souvent, le même résultat juridique.** En particulier, lorsque les deux indices susmentionnés sont réunis, l'équité au sens de l'art. 54 al. 1 CO exige, vraisemblablement, aussi que le débiteur réponde du dommage résultant de l'inexécution au sens large malgré l'incapacité de discernement de l'auteur de la violation de l'obligation, sur la base de l'art. 54 al. 1 CO lui-même et, parallèlement, de l'art. 101 al. 1 CO. De fait, le juge peut alors laisser ouverte la question de savoir quelle est la source véritable de cette responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, c'est-à-dire si celle-ci résulte de la simple application de ces normes supplétives ou plutôt d'un accord entre les parties.

573. Ce qui précède montre que, **de fait, l'incapacité de discernement est appréhendée de manière similaire** par la Convention et par le Code des obligations. Sauf circonstances particulières, suivant les réglementations des deux un débiteur est responsable du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation malgré son incapacité de discernement, ou celle d'un tiers dont il répond, s'il s'oblige à fournir une prestation en tant que profession-

---

<sup>878</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

nel et que l'exécution de l'obligation relève du bon fonctionnement d'une organisation conçue *a priori* et dépersonnalisée<sup>879</sup>.

574. Dès lors, en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, comme la Convention, **le droit interne suisse connaît une responsabilité du fait de l'organisation** : le débiteur est responsable du dommage résultant de l'inexécution malgré l'incapacité de discernement de l'auteur du préjudice. En revanche, à la différence de la réglementation de la Convention, le droit national base cette responsabilité, principalement, sur un fondement contractuel : l'accord des parties au rapport d'obligation sur la mesure de la responsabilité. En l'absence d'un tel fondement contractuel, seuls les art. 54 al. 1 et 101 al. 1 CO peuvent, de fait, fonder une responsabilité du débiteur du fait de l'organisation (indépendante notamment de toute capacité de discernement de l'auteur du dommage). Or, comme on l'a vu, on peut s'attendre à ce que, lorsque les deux indices permettant de reconnaître que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO a été objectivée sont réunis cumulativement, la simple application de ces normes supplétives ait le plus souvent pour conséquence que le débiteur répond du dommage résultant de l'inexécution malgré l'incapacité de discernement de l'auteur de la violation de l'obligation<sup>880</sup>.

Etant donné que l'idée d'une faute, le cas échéant objective, « coexiste avec la responsabilité pour inexécution »<sup>881</sup>, l'on pourrait parler à propos de cette responsabilité du fait de l'organisation d'une responsabilité fondée sur la faute, celle-ci étant objectivée à un degré tel qu'elle fait même complètement exception de toute capacité de discernement. Toutefois, il s'agirait plus que jamais d'une « responsabilité pour faute sans faute »<sup>882</sup>. Pour éviter cette contradiction en termes, il est préférable de parler d'une responsabilité du fait de l'organisation. Cette appellation reflète d'ailleurs l'hypothèse dans laquelle cette responsabilité est plus pertinente, à savoir celle dans laquelle le débiteur s'oblige à fournir une prestation en tant que professionnel et que l'exécution de l'obligation relève du bon fonctionnement d'une organisation conçue *a priori* et dépersonnalisée.

575. Comme dans la réglementation de la Convention, selon le droit interne suisse également une responsabilité du fait de l'organisation se base sur l'idée que la structure voulue par le débiteur (personnellement ou par l'intermédiaire

---

<sup>879</sup> Sur l'accord des parties faisant exception à la responsabilité du fait de l'organisation que la Convention prévoit, cf. *supra*, notamment N 560. A propos de l'accord des parties prévoyant, selon le droit interne suisse, une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, cf. *supra*, notamment N 569.

<sup>880</sup> Sur la convergence matérielle de l'application des art. 54 al. 1 et 101 al. 1 CO d'une part et de l'interprétation de l'accord des parties sur la mesure de la responsabilité d'autre part, cf. *supra*, notamment N 572.

<sup>881</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1752, ainsi que N 1689. Dans le même sens, par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1690, et SCHLECHTRIEB-STOLL, N 9 *ad* art. 79 CVIM, n. 37 avec réf.

<sup>882</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N 30 ; repris par les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (WIDMER/WESSNER, p. 120).

d'une tierce personne dont il répond) pour fournir la prestation due ne doit pas souffrir d'événements relevant de la personne du débiteur ou de celle de ses auxiliaires<sup>883</sup>. En accord avec cette idée, selon le droit national suisse également une responsabilité du fait de l'organisation est **susceptible d'appréhender d'autres causes de l'inexécution** au sens large que la seule incapacité de discernement, tels que, par exemple, la maladie, la blessure, la fatigue, la mort, le manque de formation, l'emprisonnement ou la grève de l'auteur du dommage, voire l'ignorance de l'obligation de la part du débiteur.

576. Toutefois, si l'inexécution est due à l'une de ces autres causes, le plus souvent la responsabilité du débiteur est déjà engagée en raison d'une faute dans l'organisation de l'accomplissement de la prestation due selon l'art. 97 al. 1 CO<sup>884</sup>, ou selon l'art. 101 al. 1 CO lorsque la mauvaise organisation de l'exécution résulte des actes d'un auxiliaire. C'est **l'idée du défaut d'organisation**<sup>885</sup>.

577. Etant donnée cette sorte de télescopage entre la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation et celle pour ses propres agissements ou pour ses auxiliaires, celle-là est **surtout intéressante parce qu'elle ne présuppose pas de capacité de discernement** de l'auteur du dommage. On peut en rapprocher la problématique de la responsabilité du débiteur pour ses animaux ou pour ses machines<sup>886</sup>.

## F. Comparabilité des régimes

578. A première vue, la responsabilité du débiteur prévue par la Convention diffère largement de celle du Code des obligations<sup>887</sup>. Cette dissemblance quant au régime de responsabilité est surtout due à une différence dans la **m manière dont la question de la responsabilité du débiteur a été abordée**, respectivement par le législateur suisse et les auteurs de la Convention.

579. D'une part, dans le système bipartite adopté par le législateur fédéral au début du siècle dernier<sup>888</sup>, l'art. 97 al. 1 CO apparaît au premier plan: cette

<sup>883</sup> A propos de l'idée sur laquelle se base la responsabilité du fait de l'organisation prévue par la Convention, cf. *supra*, notamment N 557.

<sup>884</sup> Par exemple, VON TUHR et ESCHER affirment qu'il faut juger sévèrement de la prétendue ignorance de l'obligation de la part du débiteur (VON TUHR/ESCHER, § 69 III, p. 116). Concernant le degré de la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2., p. 156, N 461 ss.

<sup>885</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *clauses*, p. 290.

<sup>886</sup> A propos de la responsabilité du débiteur pour ses animaux ou pour ses machines, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1188 ss.

<sup>887</sup> Sur la dissemblance entre les régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2., notamment N 538.

<sup>888</sup> A propos du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 7.

disposition ouvre le chapitre du Code des obligations sur les « effets de l'inexécution des obligations » et, selon sa note marginale, elle traite de la responsabilité du débiteur « en général »<sup>889</sup>. L'art. 101 al. 1 CO, en revanche, est au second plan : cet article se trouve même dans une partie du chapitre deuxième du titre deuxième consacrée à l'« étendue de la réparation »<sup>890</sup> (note marginale de l'art. 99 CO), ce qui convient mieux à l'art. 101 al. 2 et 3 CO qu'à l'art. 101 al. 1 CO. Ces choix formels indiquent que **le législateur suisse a mis l'accent sur l'idée d'une responsabilité pour faute.**

580. Il n'en reste pas moins que, malgré ce choix de perspective, la faute du débiteur au sens de l'art. 97 al. 1 CO ne rend pas compte de toutes les circonstances dans lesquelles une inexécution au sens large d'une obligation doit être imputée au débiteur, d'où **l'adoption d'autres normes de responsabilité au sens strict**<sup>891</sup> **complétant le système.**

581. Tel est le cas des art. 101 al. 1<sup>892</sup> et 54 al. 1 CO<sup>893</sup>, qui remplissent la même fonction que l'art. 97 al. 1 CO, en appréhendant des situations dans lesquelles il est juste que le débiteur réponde du dommage subi par le créancier, alors que cette dernière disposition ne permet pas d'engager la responsabilité de celui-là. Bien que leurs conditions soient différentes, tant l'art. 101 al. 1 CO que l'art. 54 al. 1 CO ne présupposent pas de faute (subjective). Dès lors, même si l'idée de faute est au cœur du système, la responsabilité du débiteur prévue par le Code des obligations n'est, **au bout du compte, que partiellement une responsabilité pour faute.** On en trouve un reflet à l'art. 119 al. 1 CO, qui ne parle pas d'absence de faute, mais, plus largement, de « circonstances non imputables au débiteur »<sup>894</sup>.

582. D'autre part, **les auteurs de la Convention** ont réglementé la réparation du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation **par un régime unique**, dans le sens qu'un seul et même régime s'applique, indépendamment de la cause, la forme, la gravité de l'inexécution et quelle que soit l'obligation violée ou la prestation due<sup>895</sup>.

---

<sup>889</sup> En allemand, « in allgemeinen » ; en italien, « in genere ».

<sup>890</sup> En allemand, « Maß der Haftung und Umfang des Schadenersatzes » ; en italien, « misura della responsabilità ed estensione del risarcimento ».

<sup>891</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>892</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO complétant la responsabilité prévue par l'art. 97 al. 1 CO, cf. l'introduction du sous-chapitre IV.2.2., notamment N 1115.

<sup>893</sup> A propos de l'art. 54 al. 1 CO en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 565.

<sup>894</sup> En allemand, « Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat » ; en italien, « circostanze non imputabili al debitore ».

<sup>895</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239.

583. Dans la réglementation de la Convention, l'art. 79 CVIM est la disposition qui a pour but de limiter la responsabilité du débiteur en déterminant les causes de l'inexécution au sens large qui sont imputables à ce dernier et celles qui ne le sont pas<sup>896</sup>. Plus précisément, la ligne de partage est prévue par une norme générale et unique : l'art. 79 al. 1 CVIM, qui notamment ne repose pas sur une distinction entre les cas dans lesquels l'inexécution a été causée par les propres agissements du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un tiers dont le comportement est imputable à celui-là<sup>897</sup>. Or, puisque les auteurs de la Convention ont voulu saisir par une notion générale et unique toutes les situations dans lesquelles l'inexécution au sens large d'une obligation est imputable au débiteur, **ils ne pouvaient de toute façon pas s'appuyer sur l'idée de faute du débiteur**, parce que cette notion ne permet pas de toutes les appréhender (ce que le législateur suisse aussi a implicitement admis, étant donné que selon le droit interne la responsabilité du débiteur est fondée non seulement sur l'art. 97 al. 1 CO, mais également sur les art. 101 al. 1 et 54 al. 1 CO<sup>898</sup>). Ils ont alors décidé d'asseoir la preuve libératoire selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sur la notion de sphère d'influence du débiteur<sup>899</sup> (notion similaire à celle de « circonstances [...] imputables au débiteur » de l'art. 119 al. 1 CO).

584. Mais cela **ne signifie pas que la faute ne joue aucun rôle** dans le régime de responsabilité prévu par la Convention<sup>900</sup>. Ainsi, parfois, il suffit d'apporter la preuve de la survenue incapacité de discernement de la personne qui aurait dû exécuter la prestation due, pour que le débiteur soit exonéré de sa responsabilité<sup>901</sup>. D'ailleurs, l'idée d'une faute, le cas échéant objective, « coexiste avec la responsabilité pour inexécution »<sup>902</sup>.

585. En raison de la différence dans la manière dont la question de la responsabilité du débiteur a été abordée, **les deux systèmes adoptés**, respectivement, par le législateur fédéral et par les auteurs de la Convention pour sanc-

---

<sup>896</sup> Concernant la raison d'être de l'exonération selon l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>897</sup> A propos de l'art. 79 al. 1 CVIM en tant que norme générale et unique déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 280.

<sup>898</sup> Sur le fait que la faute du débiteur au sens de l'art. 97 al. 1 CO ne rend pas compte de tous les cas de responsabilité pour inexécution, cf. *supra*, notamment N 580.

<sup>899</sup> A propos de la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se base l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 281.

<sup>900</sup> Dans le même sens SCHLECHTRIEM-STOLL, N 9 *ad* art. 79 CVIM.

<sup>901</sup> Sur la portée de l'incapacité de discernement dans l'optique de la preuve libératoire selon l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 560.

<sup>902</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1752, ainsi que N 1689. Dans le même sens, par exemple, TERCIER/FAVRE, N 1690, et SCHLECHTRIEM-STOLL, N 9 *ad* art. 79 CVIM, n. 37 avec réf. Cf. également le paragraphe I.2.1.3. B., notamment N 261.



tionner l'inexécution au sens large des obligations **ne sont certainement pas identiques**.

586. Toutefois, l'analyse conduite dans les paragraphes précédents (II.2.4.2. A. à II.2.4.2.E., N 540 ss) montre que, **sous l'angle du contenu matériel**, la responsabilité du débiteur prévue par la Convention et celle du Code des obligations sont **semblables**<sup>903</sup>. En effet, tant la structure des deux régimes de responsabilité que la preuve libératoire prévue par ces deux sont similaires<sup>904</sup>. En particulier, les similarités quant à la preuve libératoire sont clairement discernables, si l'on compare les deux régimes en distinguant les trois composantes qui forment implicitement la responsabilité du débiteur prévue par la Convention<sup>905</sup>.

587. Par ailleurs, **cette similitude matérielle se confirme sur une base empirique**: le débiteur qui conteste sa responsabilité en invoquant la preuve libératoire échoue aussi fréquemment lorsque le litige est soumis à l'application de la Convention que lorsque le Code des obligations s'applique<sup>906</sup>.

588. Malgré des approches formelles différentes, elle s'explique principalement par le fait que dans les deux régimes, la responsabilité dépend fortement de **ce que les parties au rapport d'obligation ont valablement convenu**. En effet, les deux régimes reconnaissent la primauté de la volonté des parties sur les règles supplétives qu'ils prévoient. Il en découle inévitablement une certaine flexibilité des régimes, qui est même souhaitable si on tient au principe de la liberté contractuelle.<sup>907</sup> En particulier, la nature de l'affaire conclue par les parties joue un rôle tant pour déterminer la responsabilité du débiteur selon le

---

<sup>903</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *compatibilité*, p. 331; ainsi que, par exemple, EBERHARD, p. 101, et SCHLECHTRIEM-STOLL, N 9 *ad* art. 79 CVIM avec réf. De manière similaire, BUCHER affirme que les droits anglo-américains, dans lesquels (comme dans la Convention) un seul et même régime régleme la réparation du dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, ne diffèrent pas fortement du droit interne suisse par le résultat de leur application (BUCHER, p. 347). Cf. également JONES/SCHLECHTRIEM, N 203, p. 130, et N 205.

<sup>904</sup> Concernant la similitude quant à la structure des deux régimes de responsabilité, cf. le paragraphe II.2.4.2.A., p. 184, N 540. S'agissant de la similitude quant à la preuve libératoire prévue par les deux régimes, cf. le paragraphe II.2.4.2.B., p. 184, N 541.

<sup>905</sup> A propos des trois composantes de la responsabilité prévue par la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 282. Concernant la similitude des deux régimes de responsabilité par rapport à l'exonération de la responsabilité pour le fait d'autrui, cf. le paragraphe II.2.4.2.C., p. 185, N 542 ss. S'agissant de la similitude des deux régimes par rapport à l'exonération de la responsabilité pour les propres agissements du débiteur, cf. le paragraphe II.2.4.2.D., p. 188, N 549 ss. Concernant la similitude des deux régimes par rapport à l'exonération de la responsabilité du fait de l'organisation, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., p. 189, N 553 ss.

<sup>906</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *compatibilité*, p. 333; ainsi que CHAPPUIS, *clauses*, p. 291 avec réf. Cf. également le paragraphe II.2.4.2.C., notamment N 544, et le paragraphe II.2.4.2.D., notamment N 550.

<sup>907</sup> S'agissant de la flexibilité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., p. 88, N 261 ss. Sur le fait qu'en droit interne suisse la manière dont le débiteur doit se comporter dépend de ce que les parties ont convenu, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

Code des obligations<sup>908</sup> que celle de la Convention<sup>909</sup>. Il en résulte que, selon le droit interne suisse, une certaine objectivation de la faute par les parties au rapport d'obligation est très fréquente<sup>910</sup>, ce qui rapproche le régime suisse de la responsabilité du débiteur de celui de la Convention. De même, la survenance de l'incapacité de discernement de la personne qui aurait dû exécuter la prestation due est, de fait, appréhendée de manière similaire par la Convention et par le Code des obligations en raison notamment de la primauté de la volonté des parties<sup>911</sup>.

589. Dès lors, en raison de cette similitude matérielle, le fait que la question de la responsabilité du débiteur a été abordée différemment par le législateur suisse et par les auteurs de la Convention n'entrave pas tout **rapprochement entre les deux régimes de responsabilité**. Au contraire, une confrontation des résultats pratiques auxquels conduit, respectivement, l'application du régime unique prévu par la Convention, notamment de l'art. 79 CVIM, et celle du système bipartite du droit interne suisse peut être intéressante sous plusieurs aspects. Ainsi, lorsque le résultat pratique est le même sous les deux régimes, elle confirme la justesse du droit en vigueur, d'autant plus que l'approche formelle des deux systèmes est si différente; en revanche, lorsque l'application des deux régimes conduit à des résultats différents, elle indique qu'il est peut-être temps de modifier l'application de l'une des deux réglementations, notamment du droit interne suisse, dans le sens de l'autre.

### G. *Sévérité des régimes*

590. On a vu que dans la Convention, malgré la flexibilité du régime<sup>912</sup>, la responsabilité du débiteur est caractérisée par une constante: la **sévérité** avec laquelle on admet l'exonération<sup>913</sup>. Cette caractéristique de la réglementation

---

<sup>908</sup> A propos de l'influence de la nature particulière de l'affaire sur l'interprétation de l'accord éventuel des parties concernant la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 481. Pour l'influence de la nature particulière de l'affaire sur l'interprétation de l'accord éventuel des parties prévoyant une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 568.

<sup>909</sup> Sur l'influence de la nature particulière de l'affaire sur l'étendue de la responsabilité du débiteur selon la Convention, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 561.

<sup>910</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

<sup>911</sup> Sur l'accord des parties faisant exception à la responsabilité du fait de l'organisation que la Convention prévoit, cf. le paragraphe II.2.4.2.E, notamment N 560. A propos de l'accord des parties prévoyant, selon le droit interne suisse, une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement, cf. le paragraphe II.2.4.2.E, notamment N 569.

<sup>912</sup> S'agissant de la flexibilité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., p. 88, N 261 ss.

<sup>913</sup> Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

conditionne-t-elle l'ampleur avec laquelle, dans une optique comparative, les résultats d'une étude de la Convention peuvent avoir une influence sur le droit interne suisse? En effet, si le débiteur était exonéré de sa responsabilité plus strictement lorsqu'on applique la Convention que lorsqu'on fait application du Code des obligations, la proximité entre les deux régimes de responsabilité serait moindre et vraisemblablement l'instrument international pourrait plus difficilement servir de source d'inspiration pour l'application, voire l'évolution future, de l'autre<sup>914</sup>.

591. En particulier, la **Convention semble admettre l'exonération de la responsabilité plus strictement** que le Code des obligations en raison d'un aspect de sa réglementation: étant donné que dans le cadre de la Convention le débiteur est un commerçant et qu'il faut évaluer la réalisation des conditions de l'exonération selon un critère concret<sup>915</sup>, la pierre angulaire concernant celle-ci est constituée par ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant raisonnable et diligent dans la même situation<sup>916</sup>. Or, les exigences sont plus élevées envers le commerçant qu'envers le bon père de famille, puisqu'on tient compte de standards spécifiques<sup>917</sup>. En revanche, selon le droit interne suisse la diligence due n'est, en principe, pas celle d'un commerçant<sup>918</sup>.

592. Néanmoins, selon le droit national suisse également la diligence que le créancier est en droit d'attendre de la part du débiteur et des auxiliaires de celui-ci dépend des circonstances concrètes, notamment de la nature particulière de l'affaire liant le débiteur au créancier<sup>919</sup>. Or, si l'on **limite la comparaison au champ d'application *ratione materiae* de la Convention**, selon le droit interne suisse également la diligence due correspond à celle dont un commerçant raisonnable et diligent est capable, étant donné qu'alors le débiteur est un commerçant. En effet, apprécier la diligence due *in concreto* signifie, entre autres, qu'il faut tenir compte du fait que le débiteur est un commerçant.

593. Dès lors, **en matière commerciale**, il n'y a pas de raisons sérieuses pour penser que l'exonération de la responsabilité du débiteur est admise plus strictement par la Convention que par le Code des obligations. Au contraire, la sévérité des deux régimes de responsabilité est **comparable**.

---

<sup>914</sup> Sur l'intérêt d'une confrontation des résultats pratiques auxquels conduit l'application du régime de responsabilité de la Convention et du régime du droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2.F, notamment N 589.

<sup>915</sup> Sur le critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>916</sup> A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 141.

<sup>917</sup> PICHONNAZ, *Impossibilité*, N 1736 s. avec réf.

<sup>918</sup> Concernant le degré de la diligence due en l'absence d'accord particulier des parties, cf. le paragraphe II.2.2.2.A., p. 156, N 462 ss.

<sup>919</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *clauses*, p. 290; ainsi que le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

594. Donc, dans une optique comparative, le résultat de l'application de la Convention (notamment de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM) constitue une **source d'inspiration intéressante** pour le juge qui doit appliquer le droit interne suisse lorsqu'il est question de la responsabilité d'un commerçant. D'ailleurs, les tribunaux qui ont appliqué la Convention et qui avaient alors l'occasion de relever des différences quant à la sévérité des deux régimes de responsabilité ne l'ont pas fait. Au contraire, ils ont plutôt eu tendance à mettre les deux régimes sur le même plan<sup>920</sup>.

595. En revanche, en raison de son champ d'application *ratione materiae* limité aux ventes commerciales, la Convention peut plus difficilement servir de source d'inspiration si, lors de l'application du Code des obligations, il est question de la responsabilité d'un débiteur qui ne s'est pas obligé à fournir une prestation en tant que commerçant ou professionnel. En effet, les **standards ne sont pas les mêmes en matière commerciale et non commerciale**<sup>921</sup>.

596. Il résulte de ce qui précède que les résultats d'une étude de la Convention peuvent plus facilement **avoir une influence sur le droit interne suisse en matière commerciale**, que dans d'autres domaines et de manière générale.

La responsabilité prévue par la Convention paraît, à première vue, même moins sévère envers le débiteur que celle prévue par le Code des obligations pour la manière dont l'indemnité due est calculée selon l'art. 74 CVIM. En effet, d'après l'art. 74 phr. 2 CVIM, l'indemnité est limitée au dommage que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat<sup>922</sup>. En revanche, selon le droit interne suisse, il suffit que le dommage soit une conséquence naturelle et adéquate de l'inexécution au sens large de l'obligation ; si tel est le cas, le débiteur répond du préjudice économique subi par le créancier, même s'il n'a pas prévu le dommage, ni n'aurait pu le prévoir<sup>923</sup>. Or, d'une part, limiter la responsabilité au dommage en lien de causalité adéquate avec l'inexécution implique un certain recours à la notion de prévisibilité, celle-ci étant évaluée selon un critère objectif<sup>924</sup>. D'autre part, dans le cadre de la Convention, l'on détermine si le dommage était prévisible au moment de la conclusion du contrat également selon un critère objectif, étant donné qu'il faut se référer à ce qui, compte tenu des circonstances, était reconnaissable pour une personne raisonnable dans la même situation<sup>925</sup>. Dès lors, le critère de

<sup>920</sup> Cf. *Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suisse), 10 février 1999 (cause n° HG970238.1 ; CLOUT n° 331 ; CISG-online n° 488), consid. 3.

<sup>921</sup> A propos des standards spécifiques qu'on prend en considération en matière commerciale, cf. *supra*, notamment N 591.

<sup>922</sup> A propos de l'art. 74 phr. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.A., notamment N 114.

<sup>923</sup> VON TUHR/ESCHER, § 69 I, p. 115 ; ainsi que WEBER 2, N 29 *ad* art. 99 CO.

<sup>924</sup> VON TUHR/ESCHER, § 69 I n. 8, p. 115 ; CR-WERRO, N 37 *ad* art. 41 CO ; ainsi que OSER/SCHÖNENBERGER, N 11 *ad* art. 97 CO ; BECKER, N 32 *ad* art. 99 CO.

<sup>925</sup> Cf., par exemple, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (ALLEMAND)-SCHWENZER, N 49 *ad* art. 74 CVIM, et JANSER, p. 12.

la prévisibilité du dommage tel qu'il a été adopté par les auteurs de la Convention ne se distingue que légèrement de celui de la causalité adéquate retenu par le législateur suisse<sup>926</sup>. S'il existe une différence, celle-ci concerne plutôt le moment déterminant pour évaluer la pertinence du lien de causalité naturelle : la prévisibilité du dommage selon la Convention doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat, alors que l'analyse de la causalité adéquate intervient retrospectivement et *ex post*, c'est-à-dire après la survenance du préjudice<sup>927</sup>. Malgré cela, s'agissant du calcul de l'indemnité également, la sévérité des deux régimes de responsabilité n'est pas nécessairement différente.

### 2.4.3. Portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur

597. Les notions d'organe et de tiers, notamment d'auxiliaire<sup>928</sup>, sont **logiquement exclusives**<sup>929</sup>. Si l'art. 101 al. 1 CO appréhende la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, l'art. 55 al. 2 CC traite de la responsabilité du débiteur pour ses organes. La première est une responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui<sup>930</sup>, la deuxième une responsabilité du débiteur pour son propre fait.

598. Néanmoins, d'une part, pour s'exonérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur doit, en général, établir qu'il n'aurait pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>931</sup> (à moins que les parties au rapport d'obligation n'aient stipulé deux niveaux de responsabilité différents, l'un pour la responsabilité du débiteur pour son fait personnel et l'autre concernant la responsabilité pour ses auxiliaires<sup>932</sup>). De fait, **tout se passe comme si les actes de l'auxiliaire était ceux du débiteur**<sup>933</sup>, ce que le Tribunal fédéral exprime parfois, en disant que, lorsque l'art. 101 al.

---

<sup>926</sup> WEBER 2, N 255 *ad* art. 97 CO avec réf. ; TERCIER/FAVRE, N 1695. BUCHER considère même qu'il est opportun de manière générale de nier l'action en dommages-intérêts si le débiteur ne pouvait pas prévoir le dommage en raison de son ignorance quant à la situation du créancier (BUCHER, p. 249).

<sup>927</sup> CR-WERRO, N 37 *ad* art. 41 CO.

<sup>928</sup> Pour ce qu'on entend par « auxiliaire », cf. l'introduction du chapitre II.1., notamment N 296.

<sup>929</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 16 ; ainsi que CR-THÉVENOZ, N 13 *ad* art. 101 CO.

<sup>930</sup> Pour une définition de la « responsabilité pour le fait d'autrui », cf. l'Introduction, notamment n. 17.

<sup>931</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>932</sup> A propos des exigences élevées en matière de formulation d'une clause contractuelle prévoyant deux niveaux de responsabilité différents pour les agissements du débiteur lui-même et ceux des auxiliaires de ce dernier, cf. le paragraphe II.2.1., notamment N 441.

<sup>933</sup> Sur l'idée que le débiteur répond du comportement de son auxiliaire comme du sien propre, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

CO s'applique, le débiteur répond du comportement de l'auxiliaire comme du sien propre<sup>934</sup>.

599. D'autre part, l'art. 55 al. 2 CC est une norme d'imputation<sup>935</sup>. Lorsque ses conditions sont réalisées, il produit l'effet juridique suivant : il attribue à la personne morale les comportements de ses organes de sorte qu'on considère le fait de ceux-ci comme celui de celle-là<sup>936</sup>. Dans sa formulation, il distingue entre la conclusion par les organes d'actes juridiques (« par leurs actes juridiques »<sup>937</sup>) et leurs autres comportements (« par leurs autres faits »<sup>938</sup>). Formellement, c'est cette deuxième hypothèse qui est pertinente lorsqu'on détermine si une personne morale engage sa responsabilité : alors, en vertu de l'art. 55 al. 2 *in fine* CC, l'acte préjudiciable d'une personne est, d'un point de vue juridique, **celui de la personne morale dont celle-là est l'organe**, ce qui permet d'appliquer des normes de responsabilité au sens strict<sup>939</sup> telles que l'art. 41 al. 1 CO ou, si on envisage une responsabilité pour l'inexécution d'une obligation, l'art. 97 al. 1 CO<sup>940</sup>.

600. Dès lors, les constructions législatives ne sont certainement pas les mêmes : lorsque l'inexécution au sens large d'une obligation est le fait d'un auxiliaire, la responsabilité du débiteur est fondée sur l'art. 101 al. 1 CO ; lorsque la violation de l'obligation est le fait d'un organe, elle est fondée sur les art. 55 al. 2 CC et, en général, 97 al. 1 CO<sup>941</sup>. Par contre, la **preuve libératoire à la disposition du débiteur est, dans les deux cas, la même**<sup>942</sup> : ce dernier doit établir que les agissements de l'auxiliaire, respectivement de l'organe, ne sont pas constitutifs d'une faute, au regard de la diligence que le créancier avait le droit d'attendre de sa part compte tenu des circonstances concrètes<sup>943</sup>, notamment du rapport d'obligation liant les parties<sup>944</sup>.

<sup>934</sup> ATF 113/1987 II 424, consid. 1 b, p. 426 ; 91/1965 II 291, consid. 2 a, JdT 1966 I 180, 184 ; 90/1964 II 15, consid. 3 d, p. 21, JdT 1964 I 554, 559 ; 82/1956 II 525, consid. 5, p. 533, JdT 1957 I 239, 245 ; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 138 *ad* art. 101 CO, et ENGEL, *Traité*, p. 740.

<sup>935</sup> Sur l'art. 55 al. 2 CC en tant que norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., notamment N 1111.

<sup>936</sup> Cf., par exemple, RIEMER, N 53 *ad* art. 54/55 CC, et SCHWENZER, N 23.27 ; ainsi que l'ATF 124/1998 III 418 consid. 1 b, p. 420, et consid. 1 c, p. 422.

<sup>937</sup> En allemand, « durch den Abschluss von Rechtsgeschäften » ; en italien, « nella conclusione dei negozi giuridici ».

<sup>938</sup> En allemand, « durch ihr sonstiges Verhalten » ; en italien, « per effetto di altri atti od omissioni ».

<sup>939</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>940</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale pour l'ensemble de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.1.1., notamment N 302.

<sup>941</sup> CR-THÉVENOZ, N 14 *ad* art. 101 CO.

<sup>942</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 27 *ad* art. 101 CO.

<sup>943</sup> CR-THÉVENOZ, N 14 *ad* art. 101 CO. Concernant le degré de la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2., p. 156, N 461 ss.

**Exemple :** Dans l'ATF 70/1944 II 215, le Tribunal fédéral admet la responsabilité de la défenderesse (l'organisatrice d'un feu d'artifice) envers une spectatrice blessée pendant la combustion et par l'effet de la présentation du spectacle, parce que toutes les mesures nécessaires de précaution n'ont pas été prises. Pour ce faire, il est amené à envisager deux hypothèses, car les faits ne sont pas entièrement élucidés. D'abord, il part de l'idée que c'est la défenderesse elle-même qui, par ses organes, a eu le comportement qui se révèle être fautif; et ensuite, que ce comportement a été tenu par un auxiliaire au sens de l'art. 101 al. 1 CO. Il conclut son raisonnement dans cette deuxième hypothèse en affirmant que la faute retenue « pour le cas d'application de l'art. 97 CO [(première hypothèse envisagée)] vaut [...] de la même façon pour les auxiliaires. »<sup>945</sup> Il arrive « au même résultat »<sup>946</sup> dans les deux hypothèses. Donc la distinction entre organe et auxiliaire est, en l'espèce, sans importance.

601. Il résulte de ce qui précède que la **distinction, parfois difficile, entre organe et auxiliaire est largement superflue** en matière de responsabilité de la personne morale résultant de l'inexécution d'une obligation. Ce constat confirme, indirectement, la similarité matérielle des systèmes de responsabilité du droit interne suisse et de la Convention, car le régime unique de responsabilité prévue par celle-ci ne requière également pas que l'on distingue entre les agissements personnels du débiteur et ceux des tiers qui participent à l'exécution d'une obligation du débiteur de par la volonté de ce dernier.

602. La **principale différence** tient à la mesure dans laquelle le contrat peut limiter par avance la responsabilité du débiteur<sup>947</sup>. En effet, l'art. 101 al. 2 et 3 CO rompt avec les idées à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation, parce qu'il permet au débiteur d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres actes en vertu de l'art. 100 CO<sup>948</sup>.

603. **La correspondance sera vraisemblablement parfaite le jour où le droit interne suisse saura supprimer l'absence de symétrie entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO**<sup>949</sup>.

---

<sup>944</sup> A propos du fait que la manière dont le débiteur doit se comporter dépend de ce que les parties ont convenu, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 466.

<sup>945</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4 *in fine*, p. 221, JdT 1945 I 41, 47.

<sup>946</sup> ATF 70/1944 II 215, consid. 4, p. 220, JdT 1945 I 41, 46.

<sup>947</sup> CR-THÉVENOZ, N 14 *ad* art. 101 CO.

<sup>948</sup> A propos de la rupture entre l'art. 101 al. 2 et 3 CO et les idées à la base de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.4.4., notamment N 407.

<sup>949</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

### III. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen du contrat\*

604. Dès le début des années quatre-vingts, un grand nombre d'éminents juristes, originaires de différents pays, ont collaboré à l'élaboration de principes du droit contractuel. Le résultat de leur travail a pris la forme de **deux codifications savantes**<sup>950</sup>, ce qui couronne de nombreuses années de recherches et de débats approfondis. Il s'agit, d'une part, des Principes relatifs aux contrats du commerce international, qui ont été préparés sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et publiés, dans leur deuxième et dernière version, en 2004 ; d'autre part, des Principes du droit européen du contrat, qui ont été élaborés par la Commission européenne du droit des contrats sous la présidence du professeur Ole Lando et publiés en plusieurs parties. La première de celles-ci est parue en 1995, la deuxième en 2000 (édition combinée et revue de la première et de la deuxième partie) et la troisième en 2003. Pour chacune des deux codifications, l'élaboration d'une nouvelle édition n'a pas tellement eu pour but de réviser les principes déjà codifiés, que de traiter de nouveaux sujets<sup>951</sup>.

605. Les deux instruments d'harmonisation se ressemblent quant au choix des sujets abordés et à l'ordre des chapitres<sup>952</sup>.

606. Ainsi, les Principes d'UNIDROIT consistent en un Préambule (qui correspond à celui de la première version, de 1994, avec l'ajout des alinéas 4 et 6 ainsi que d'une note) et 184 articles subdivisés en dix chapitres, dont les titres sont les suivants : « Dispositions générales » (chapitre 1 ; correspondant à celui de la version de 1994, mais auquel ont été ajoutés les art. 1.8 et 1.12), « Formation du contrat et pouvoir de représentation » (chapitre 2 ; la deuxième section intitulée « Pouvoir de représentation » est nouvelle par rapport à la version de 1994), « Validité » (chapitre 3), « Interprétation » (chapitre 4), « Contenu du contrat et droits des tiers » (chapitre 5 ; l'art. 5.1.9 et la deuxième section intitulée « Droits des tiers » sont nouveaux), « Exécution » (chapitre 6), « Inexécu-

---

\* Sauf indication contraire, on peut consulter tous les arrêts cités dans la présente partie de l'étude à l'adresse suivante : [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (*UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles* ; répertoires d'accès à la jurisprudence à l'adresse [www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13617](http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13617)). La consultation de cette base de données est d'une grande facilité. Nous indiquerons les éléments utiles à la recherche de chaque arrêt, notamment la juridiction qui l'a rendu, la date et le numéro de cause.

<sup>950</sup> MARRELLA, p. 261 ss ; DutchComm-HONDIUS, N1, p. 13 ; PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 570.

<sup>951</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. notamment BONELL, « *Codice* », p. 43.

<sup>952</sup> DutchComm-HONDIUS, N4, p. 15 ; BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*, p. 315 ; BOELE-WOELKI, *Principles*, N15, p. 74.



tion » (chapitre 7), « Compensation » (chapitre 8 ; nouveau), « Cession des créances, cession des dettes, cession des contrats » (chapitre 9 ; nouveau) et « Délais de prescription » (chapitre 10 ; nouveau).

607. De manière similaire, **les Principes européens comprennent 200 articles** subdivisés en 17 chapitres, les titres de ceux-ci étant les suivants : « Dispositions générales » (chapitre premier), « Formation » (chapitre 2), « Pouvoir de représentation » (chapitre 3), « Validité » (chapitre 4), « Interprétation » (chapitre 5), « Contenu et effets » (chapitre 6), « Exécution » (chapitre 7), « Inexécution et moyens en général » (chapitre 8), « Les divers moyens en cas d'inexécution » (chapitre 9), « Pluralité de sujets » (chapitre 10), « Cession de créance » (chapitre 11), « Substitution d'un nouveau débiteur et cession du contrat » (chapitre 12), « Compensation » (chapitre 13), « Prescription » (chapitre 14), « Illicéité » (chapitre 15), « Conditions » (chapitre 16) et « Capitalisation des intérêts » (chapitre 17).

608. C'est, respectivement, dans le septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et dans les huitième et neuvième des Principes européens qu'on a établi les **conséquences de l'inexécution au sens large** (art. 7.1.1 PU et 1:301 al. 4 PE)<sup>953</sup> de l'une quelconque des obligations qui lient les parties.

609. Les deux instruments d'harmonisation présentent également une **parenté évidente quant à la manière de formuler les dispositions**<sup>954</sup>.

610. En effet, tant les Principes d'UNIDROIT que les Principes européens sont énoncés sous la forme d'articles de loi. Chacun de ceux-ci est suivi par un commentaire officiel, qui explique les raisons, le but et le fonctionnement de la règle de droit, ainsi que le rapport entre celle-ci et les autres Principes. Le commentaire est souvent accompagné d'illustrations, à savoir de cas très courts qui montrent comment la disposition fonctionne en pratique. Ces **commentaires et illustrations font partie intégrante des deux codifications**<sup>955</sup>, ce qui témoigne du caractère savant de ces dernières<sup>956</sup>.

Les commentaires des Principes européens sont à leur tour suivis par des notes, qui précisent quelles sont les principales sources de chaque Principe et exposent brièvement dans quelle mesure celui-ci est conforme ou se distingue des réglementations en vigueur dans les pays membres de l'Union européenne. Les Principes d'UNIDROIT ne contiennent pas de tel système de notes. Cela s'explique surtout par l'étendue du champ d'application territorial visé par ces Principes (soit le monde entier) et relève, dès lors, plus du pragma-

---

<sup>953</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>954</sup> BONELL, « *Codice* », p. 360 ; DutchComm-HONDIUS, N 4, p. 15 ; BOELE-WOELKI, *Principles*, N 15, p. 74.

<sup>955</sup> BONELL, « *Codice* », p. 64 ; BOELE-WOELKI, *Principles*, N 11, p. 72 ; WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 512 ; PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 570 s.

<sup>956</sup> Sur le caractère savant des Principes, cf. *supra*, notamment N 604.

tisme que d'un choix idéologique<sup>957</sup>. En effet, il aurait été impossible de prendre en considération le droit interne de chaque pays du monde<sup>958</sup>.

611. De telles similitudes n'existent pas avec la même ampleur entre les deux instruments d'harmonisation et la Convention. Mais celle-ci diffère surtout sur un autre point des deux autres codifications. Alors qu'elle fait partie intégrante du droit suisse et s'impose au juge au même titre que le droit interne<sup>959</sup>, les deux autres textes n'ont **pas de portée législative directe**. Ainsi, HARTKAMP a écrit que les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens ne s'appliquent pas *ratione imperii*, mais *imperio rationis*<sup>960</sup>.

612. Or, ces deux codifications jouissent effectivement **d'une certaine autorité intellectuelle** et d'un certain pouvoir de persuasion, étant donné qu'elles reflètent un noyau juridique commun à plusieurs systèmes juridiques de solutions de droit des contrats, tout en voulant également être progressistes<sup>961</sup>. En particulier, leurs auteurs ont su concilier les traditions civiliste et anglo-américaine<sup>962</sup>.

613. **En pratique, les Principes s'appliquent lorsque** les parties y soumettent leur contrat (Préambule al. 2 PU et art. 1:101 al. 2 PE), ce que le droit suisse permet<sup>963</sup>. Même lorsqu'une telle hypothèse n'est pas réalisée, tout Principe s'applique s'il représente un principe général ou coutumier du droit (ce qui doit être examiné séparément pour chaque Principe<sup>964</sup>) et que les parties ont préalablement convenu que leur contrat serait régi par « les principes généraux du droit » ou la « *lex mercatoria* », ou ont employé une expression similaire (Préambule al. 3 PU et art. 1:101 al. 3 let. a PE). Les Principes peuvent encore procurer la solution à la question posée lorsque les règles de droit applicables sont insuffisantes (art. 1:101 al. 4 PE) ou qu'il s'avère extrêmement difficile, sinon impossible, d'établir la règle pertinente<sup>965</sup>; cela vaut que le contrat soit régi par du droit international (y compris la Convention<sup>966</sup>; Préambule al. 5 PU<sup>967</sup>) ou du droit interne (Préambule al. 6 PU).

<sup>957</sup> Cf. BONELL, *Comparison*, p. 94 n. 10; dans le même sens DutchComm-HONDIUS, N 4, p. 15.

<sup>958</sup> Cf. BOELE-WOELKI, *Principles*, N 5, p. 69.

<sup>959</sup> Notamment TERCIER/FAVRE, N 1530.

<sup>960</sup> HARTKAMP, *Principles*, p. 131.

<sup>961</sup> UNIDROIT, p. XV, et COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXII.

<sup>962</sup> BOELE-WOELKI, *Principles*, N 12, p. 73; PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 606; COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXIII.

<sup>963</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. notamment PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 606.

<sup>964</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. notamment PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 576.

<sup>965</sup> UNIDROIT, Comment. 8 *ad* Préambule PU.

<sup>966</sup> Cf. EBERHARD, p. 43.

<sup>967</sup> Concernant les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXIV; ainsi que PICHONNAZ, *compensation*, N 2072.

614. Il existe **deux types de soumission expresse** du contrat aux Principes par les parties, conformément au Préambule al. 2 PU et à l'art. 1:101 al. 2 PE, le texte de cette dernière disposition distinguant expressément les deux hypothèses.

615. Premièrement, les parties peuvent convenir de **simplement incorporer les Principes dans le contrat**, qui est alors régi par la loi déterminée sur la base des règles de droit international privé du for. Dans cette typologie de soumission, les Principes ne lient les parties que dans la mesure où ils ne portent pas atteinte aux règles de la loi régissant le contrat auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat.<sup>968</sup> En outre, doivent être réservées les règles qui sont impératives quelle que soit la loi qui régit le contrat (règles d'application immédiate<sup>969</sup> ou lois de police<sup>970</sup>, également désignées par l'expression « ordre public positif »)<sup>971</sup>.

616. Deuxièmement, les parties peuvent **choisir les Principes comme loi régissant le contrat**, en vertu de laquelle le juge ou l'arbitre réglera le différend. Les Principes s'appliquent alors à l'exclusion de toute loi nationale particulière (cf. l'art. 1:103 al. 1 PE), sous réserve seulement de l'application des règles d'application immédiate (cf. l'art. 1:103 al. 2 PE)<sup>972</sup>. Ce type de soumission du contrat aux Principes est controversé. Il est admis dans le domaine de l'arbitrage, où les parties peuvent autoriser les arbitres à agir en amiables compositeurs ou *ex aequo et bono* (cf. l'art. 187 al. 2 LDIP) et où le droit transnational tend progressivement à s'imposer comme une source autonome du droit<sup>973</sup>. Ainsi, le législateur fédéral a formulé l'art. 187 al. 1 LDIP de façon très large, en faisant appel à la notion de « règles de droit », qui vise également des lois non étatiques<sup>974</sup>. Par contre, les tribunaux étatiques considèrent encore très majoritairement que la liberté de choix des parties dans la désignation de la loi régissant le contrat est limitée aux lois d'un Etat, de sorte qu'ils pourraient refuser une sou-

---

<sup>968</sup> UNIDROIT, Comment. 4 a *ad* Préambule PU, p. 3, et Comment. 2 *ad* art. 1.5 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 1:101 PE.

<sup>969</sup> Les « règles d'application immédiate » peuvent se définir comme « les normes qui prétendent s'appliquer même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est pas désigné par la règle de conflit applicable » (KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 376 c ; DUTOIT, p. 18).

<sup>970</sup> Les « lois de police » constituent une sous-catégorie des « règles d'application immédiate » dont la vocation à s'appliquer indépendamment du jeu normal des règles de conflit trouve une justification dans leur but déclaré ou implicite de sauvegarde d'intérêts supérieurs d'ordre politique, économique ou social (DUTOIT, p. 18 avec réf. ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 376 c avec réf.).

<sup>971</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 1.5 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 1:101 PE.

<sup>972</sup> UNIDROIT, Comment. 4 a *ad* Préambule PU, p. 4, et Comment. 3 *ad* art. 1.5 PU, p. 12, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 1:101 PE et Comment *ad* art. 1:103 PE. Pour des exemples de règles d'application immédiate, cf. UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 1.5 PU, p. 13 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 278 ss.

<sup>973</sup> Cf., par exemple, BUCHER/BONOMI, N 1288 ss, et KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 499.

<sup>974</sup> Cf., par exemple, BUCHER/BONOMI, N 1292, et KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 770.

mission du contrat aux Principes en tant que loi qui régit celui-ci<sup>975</sup>. BUCHER et BONOMI relèvent, à raison, que « les règles de la LDIP n'expriment pas une volonté du législateur d'exclure une telle possibilité »<sup>976</sup> (cf. notamment l'art. 116 al. 1 LDIP).

617. Il est déplorable que, pour conjurer les doutes quant à la réception du choix des parties par le juge étatique, les auteurs des Principes d'UNIDROIT soient obligés de conseiller aux parties qui souhaitent adopter les Principes comme loi régissant leur contrat de combiner une telle clause de conflit de lois avec une clause compromissoire, en vertu de laquelle elles s'entendent pour soumettre les différends nés de leur contrat à l'arbitrage<sup>977</sup>. L'on peut espérer que le juge étatique suisse sache **s'inspirer de la pratique courante en matière d'arbitrage international**.

618. Pour **identifier les règles d'application immédiate** auxquelles le contrat est impérativement soumis, il faut recourir aux règles de droit international privé qui s'appliquent au différend. Celles-ci déterminer notamment si, outre les règles impératives du for, il faut également prendre en considération celles d'Etats tiers et, le cas échéant, dans quelle mesure et sur la base de quels critères.<sup>978</sup> Ainsi, selon le droit international privé suisse, la désignation de règles non étatiques ne permet pas aux parties de soustraire leur contrat à l'empreinte des règles d'ordre public positif du for (art. 18 LDIP), ni à celles d'un Etat étranger avec lequel le contrat présente un lien étroit (art. 19 LDIP)<sup>979</sup>. A notre connaissance, la partie générale du Code des obligations ne contient pas de règles d'application immédiate.

Du fait de leur valeur intrinsèque<sup>980</sup>, tant les Principes d'UNIDROIT que les Principes européens peuvent également servir de modèle au législateur national ou international lors de l'élaboration d'une législation dans le domaine du droit général des contrats ou de certains types d'opérations particulières (Préambule al. 7 PU)<sup>981</sup>. En particulier, un des objectifs des Principes européens est de servir comme base pour un éventuel futur Code européens du droit des contrats<sup>982</sup>; d'où l'art. 1:101 al. 1 PE, selon lequel les Principes européens « sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne », bien qu'en pratique tel ne soit pas encore le cas.

<sup>975</sup> UNIDROIT, Comment. 4 a *ad* Préambule PU, p. 3; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 499.

<sup>976</sup> BUCHER/BONOMI, N 947.

<sup>977</sup> UNIDROIT, Comment. 4 a *ad* Préambule PU, p. 3.

<sup>978</sup> UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 1.5 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 1:101 PE.

<sup>979</sup> En particulier, BUCHER/BONOMI, N 947.

<sup>980</sup> A propos de l'autorité intellectuelle des Principes, cf. *supra*, notamment N 612.

<sup>981</sup> UNIDROIT, Comment. 7 *ad* Préambule PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXII et XXIV; ainsi que HARTKAMP, *Principles*, p. 129.

<sup>982</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXIII; ainsi que, par exemple, LANDO, *European*, p. 59, et PICHONNAZ, *exonération*, p. 179.

619. Comme les auteurs de la Convention, les auteurs des Principes ont voulu que, dans les domaines régis par ceux-ci, les **réglementations** soient **très largement autonomes**, en particulier qu'elles soient les plus indépendantes possible par rapport aux droits internes<sup>983</sup>.

620. Ainsi, pour ce qui est de l'interprétation des Principes, tant l'art. 1.6 par. 1 PU que l'art. 1:106 al. 1 PE se réfèrent expressément à la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'application. Autrement dit, l'interprète doit veiller à ce qu'en pratique les Principes soient interprétés et appliqués le plus possible de la même façon dans les différents pays ; pour atteindre cet objectif, il doit les **interpréter de façon autonome**, c'est-à-dire dans leur contexte et non par référence au sens qu'un droit interne particulier pourrait leur attacher<sup>984</sup>.

621. De même, la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'application des Principes implique que, lorsque des lacunes se révèlent, il faut, dans la mesure du possible, **trouver une solution en se référant aux Principes eux-mêmes**, avant d'avoir recours aux droits internes (art. 1.6 par. 2 PU et 1:106 al. 2 PE)<sup>985</sup>.

622. Toujours dans le but d'émanciper les instruments d'harmonisation des droits nationaux, les auteurs des Principes ont essayé **d'éviter** l'utilisation de **toute terminologie propre à un système juridique particulier**<sup>986</sup> ; ainsi, ils ont préféré le terme « inexécution » à celui de « contravention au contrat », qui a été employé dans la Convention<sup>987</sup>.

623. Puisque l'uniformité de l'application est un des buts principaux des Principes (de même, qu'elle l'est, de plus en plus, de toute réglementation supranationale), il est très important **que les décisions de tribunaux étrangers**, soit d'autorités judiciaires autres que celles du pays dans lequel le différend doit être jugé, **soient prises en considération**. De même, un tribunal ne doit pas pouvoir se distancer de la décision d'une instance étrangère sans motiver son choix. Ce rôle, très important, des sentences étrangères a déjà été mis en évidence s'agissant de l'application de la Convention.<sup>988</sup>

624. Afin de respecter l'autonomie des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens par rapport au Code des obligations, l'analyse des systèmes qui, dans les Principes, traitent des conséquences de l'inexécution au sens large des obligations et surtout du régime de la responsabilité du débiteur pour le fait

---

<sup>983</sup> Sur le caractère autonome de la Convention, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 60.

<sup>984</sup> UNIDROIT, Comment. 2 et 3 *ad* art. 1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F *ad* art. 1:106 PE.

<sup>985</sup> UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment G *ad* art. 1:106 PE. Cf. BERGER, p. 165 s.

<sup>986</sup> UNIDROIT, p. XV ; DutchComm-HONDIUS, N 7, p. 17.

<sup>987</sup> Sur les raisons du choix du terme « inexécution », cf. le paragraphe III.1.1.1., notamment N 638.

<sup>988</sup> A propos du rôle des décisions de tribunaux étrangers dans l'application de la Convention, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 61.

d'autrui sera conduite **dans cette partie** de la manière suivante : on commencera par décrire les réglementations dans le premier chapitre (III.1.), ce qui intéressera surtout ceux qui veulent approfondir leur connaissance de celles-ci ; ensuite, on en mettra en évidence les caractéristiques dans le deuxième (III.2.). Par ailleurs, étant donné que la réglementation de la Convention a été analysée dans la première partie de cette étude, tout au long de l'examen des Principes on indiquera les différences et les similitudes matérielles entre ces derniers et l'autre codification. On pourra de la sorte éviter des répétitions dans la suite du travail, mais également déterminer quel est le consensus dont jouissent les solutions élaborées sous les auspices d'instances internationales ou supranationales et qui apparaissent à l'horizon du législateur suisse.

## 1. Description des réglementations

625. Toutes les fois qu'une partie n'exécute pas l'une quelconque de ses obligations, **le créancier a droit à des dommages-intérêts**, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans les Principes (art. 7.4.1 PU et 9:501 al. 1 PE).

626. Comme dans la réglementation de la Convention, le droit à des dommages-intérêts peut être exercé **alternativement ou cumulativement avec un des autres remèdes** à l'inexécution au sens large prévus dans le septième chapitre (sections 2 à 4) des Principes d'UNIDROIT ou dans le neuvième des Principes européens ; toutefois, le cumul de moyens n'est pas possible si ceux-ci sont logiquement incompatibles (art. 8:102 phr. 1 PE)<sup>989</sup>. Le commentaire de l'art. 8:102 PE mentionne l'exemple suivant d'incompatibilité : admettons qu'une machine est livrée au créancier alors qu'elle ne correspond pas à ce que les parties avaient convenu et que sa valeur est inférieure à celle de la machine en conformité avec le contrat, le créancier n'a alors pas droit à des dommages-intérêts à hauteur de la différence de valeur si celle-ci a été déjà compensée par une action en réduction du prix selon l'art. 9:401 PE<sup>990</sup>, ce que l'art. 9:401 al. 3 PE confirme. En revanche, une partie ne perd pas le droit de demander des dommages-intérêts en recourant à tout autre moyen tant que les deux remèdes visent à corriger des déséquilibres différents (art. 8:102 phr. 2 PE)<sup>991</sup>.

627. Comme dans la réglementation de la Convention, le **droit à des dommages-intérêts est limité par les exonérations de responsabilité** que les

<sup>989</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.1.1 PU. A propos de l'exercice de l'action en dommages-intérêts prévue par la Convention alternativement ou cumulativement avec un autre moyen, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 63 et N 64.

<sup>990</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:102 PE.

<sup>991</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.1 PU.

Principes prévoient<sup>992</sup>. Tel est le cas si l'inexécution est causée par le créancier (art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE)<sup>993</sup>, si le débiteur suspend l'exécution de sa prestation parce qu'il est au bénéfice de *l'exceptio non adimpleti contractus* (art. 7.1.3 PU et 9:201 PE)<sup>994</sup>, si une clause exonératoire convenue par les parties s'applique (art. 7.1.6 PU et 8:109 PE)<sup>995</sup>, ou si l'inexécution est due à la force majeure (art. 7.1.7 PU, art. 8:101 al. 2 et 8:108 PE)<sup>996</sup>. Cette dernière hypothèse est la seule à être mentionnée à l'art. 9:501 al. 1 PE. Par ailleurs, il s'agit également de celle qui nous intéresse le plus.

628. Il résulte de ce qui précède que **les systèmes** qui, dans les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens, traitent de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation **s'apparentent à celui de la Convention**<sup>997</sup>.

629. On notera que, selon l'art. 1.5 PU et l'art. 1:102 al. 2 PE, **les parties au contrat peuvent en principe déroger** (expressément ou implicitement) **aux règles de droit** des Principes, à moins que ceux-ci n'en disposent autrement. En particulier, presque toutes les dispositions du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et des huitième et neuvième des Principes européens ne revêtent pas de caractère impératif. Dès lors, comme celui de la Convention, les systèmes aménagés par les Principes pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations sont en très large partie subsidiaires à ce que les parties ont prévu<sup>998</sup>.

Bien que quelques dispositions des Principes revêtent un caractère impératif, dans le sens que les parties ne devraient pas pouvoir en exclure l'application ni y déroger, le non-respect de ce précepte peut ne pas avoir de conséquences en raison de la nature particulière des deux instruments d'harmonisation ; ceux-ci n'ont, en effet, pas de portée législative directe<sup>999</sup>. Dans une étude qui

---

<sup>992</sup> Pour ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.1.1 PU et Comment. 1 *ad* art. 7.4.1 PU. Concernant les limites de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention, cf. le paragraphe I.2.1.2.B., p. 87, N 257.

<sup>993</sup> S'agissant des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE, cf. le sous-chapitre III.1.2., p. 234, N 670 ss.

<sup>994</sup> Aucun paragraphe de ce chapitre ne traitera amplement de *l'exceptio non adimpleti contractus*, de même qu'aucun n'en a traité lors de l'analyse de la réglementation de la Convention.

<sup>995</sup> Concernant les aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution selon les Principes, cf. le paragraphe III.1.3.3., p. 261, N 756 ss.

<sup>996</sup> S'agissant de l'exonération en vertu des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le sous-chapitre III.1.4., p. 269, N 776 ss.

<sup>997</sup> HARTKAMP, *unidroit*, p. 94 ; PICHONNAZ, *exonération*, p. 180.

<sup>998</sup> Cf., par exemple, PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 580, notamment n. 20, et HARTKAMP, *unidroit*, p. 86 ; et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:109 PE. A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger au système de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65.

<sup>999</sup> Concernant les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 1.5 PU. A propos de l'absence de portée législative directe des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 611.

visé à comparer des solutions, il est néanmoins intéressant de relever quelles dispositions les auteurs des Principes ont considérées de nature impérative.

630. Tant les Principes d'UNIDROIT que les Principes européens prévoient (expressément ou, plus rarement, implicitement<sup>1000</sup>) **plus de règles impératives que la Convention**. Cette différence est notamment due au fait que ceux-là portent sur une matière plus ample que celle couverte par celle-ci<sup>1001</sup>. En effet, les auteurs des premiers ont voulu traiter de droit général des contrats, ce qui les a amenés à adopter de nouvelles dispositions par rapport à la Convention<sup>1002</sup>. En particulier, alors que la « validité du contrat » n'est pas régie par celle-ci (art. 4 phr. 2 let. a CVIM)<sup>1003</sup>, elle l'est par le troisième chapitre des Principes d'UNIDROIT et les quatrième et quinzième des Principes européens, ainsi que par d'autres dispositions traitant spécifiquement de la validité de certaines clauses contractuelles. Or, adopter des règles en matière de validité qui soient équitables nécessite souvent qu'elles revêtent un certain caractère impératif (cf., par exemple, les art. 3.19 PU et 4:118 PE, 7.1.6 PU et 8:109 PE, 7.4.13 par. 2 PU et 9:509 al. 2 PE).

631. Par ailleurs, la liberté contractuelle des parties est **également limitée par les « exigences de la bonne foi »** au sens de l'art. 1.7 par. 1 PU et de l'art. 1:201 al. 1 PE, celle-ci recouvrant le même rôle dans les deux instruments d'harmonisation<sup>1004</sup>. Ainsi, le commentaire de l'art. 1:201 al. 1 PE précise qu'une partie ne doit pas se prévaloir d'une clause contractuelle, ou de l'un des Principes, d'une manière qui, compte tenu des circonstances, serait inacceptable selon les exigences de la bonne foi<sup>1005</sup>. De même, le commentaire de l'art. 1.7 PU traite spécifiquement de l'« abus de droit »<sup>1006</sup> et les illustrations de cette disposition montrent que l'obligation (impérative ; art. 1.7 par. 2 PU) de se conformer aux exigences de la bonne foi peut conduire à une restriction ou à une extension des droits ou des devoirs résultant d'un rapport d'obligations<sup>1007</sup>.

632. En revanche, du moins **en théorie, le rôle de la bonne foi est plus restreint dans la Convention**, dont le texte n'admet pas de tel contrôle matériel du contrat. En effet, le respect de la bonne foi (dans le commerce international) est mentionné uniquement comme l'un des trois éléments à prendre en compte

<sup>1000</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, *ibidem*.

<sup>1001</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *unidroit*, p. 86.

<sup>1002</sup> HARTKAMP, *unidroit*, p. 98.

<sup>1003</sup> A propos de l'art. 4 CVIM, cf. l'introduction de la première partie, notamment N 56.

<sup>1004</sup> HARTKAMP, *European*, p. 344.

<sup>1005</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment H et G *ad* art. 1:201 PE. Cf. également l'art. 1:102 al. 1 PE.

<sup>1006</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 1.7 PU

<sup>1007</sup> UNIDROIT, notamment Illustr. 2 à 6 *ad* art. 1.7 PU. Cf. également UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.1.6 PU, et HARTKAMP, *European*, p. 344.



pour interpréter la Convention (art. 7 al. 1 CVIM).<sup>1008</sup> Cette disposition est le résultat d'un compromis entre les opposants à toute référence explicite à la bonne foi et les partisans d'une obligation générale pour les parties de se conformer aux exigences de celle-ci dans l'exercice de leurs droits et dans l'exécution de leurs obligations. On peut néanmoins douter qu'en pratique, il soit réellement possible de restreindre le rôle de la bonne foi à la seule interprétation de la Convention.<sup>1009</sup>

## 1.1. La notion centrale : l'inexécution (art. 7.1.1 PU et 1:301 al. 4 PE)

633. L'« **inexécution** »<sup>1010</sup> est la notion clé des systèmes qui, respectivement dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens, traitent des conséquences de la contravention à une obligation<sup>1011</sup>.

### 1.1.1. La définition large et unitaire de l'inexécution

634. Dans l'un comme dans l'autre instrument d'harmonisation, **l'inexécution est définie de manière large et unitaire** (art. 7.1.1 PU et 1:301 al. 4 PE). Les deux éléments principaux de la définition l'indiquent.

635. D'une part, l'inexécution couvre **tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations**, sans qu'on distingue selon la cause de la défaillance. En particulier, elle comprend également toute forme d'exécution tardive, défectueuse ou incomplète.<sup>1012</sup>

636. D'autre part, elle appréhende tout manquement, **qu'il soit ou non imputable au débiteur**. En particulier, même une défaillance qui est due à la force majeure selon, respectivement, l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE constitue une inexécution au sens de l'art. 7.1.1 PU et de l'art. 1:301 al. 4 PE.<sup>1013</sup>

637. La notion d'inexécution, telle que décrite ci-dessus, n'est pas seulement la même dans les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens ; en plus,

---

<sup>1008</sup> BONELL, « *Codice* », p. 324.

<sup>1009</sup> Notamment HARTKAMP, *unidroit*, p. 87.

<sup>1010</sup> En anglais, « non-performance ».

<sup>1011</sup> Notamment HARTKAMP, *European*, p. 349.

<sup>1012</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.1.1 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 1:301 PE, p. 123, et Comment A *ad* art. 8:101 PE.

<sup>1013</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.1.1 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 1:301 PE, p. 123.

elle **correspond matériellement à la notion de « contravention au contrat »**<sup>1014</sup> qu'on trouve dans la Convention<sup>1015</sup>.

638. Certes, les Principes dévient de leur antécédent au niveau international sur le plan terminologique ; mais cette différence s'explique par la volonté de mieux prendre les distances du concept de « breach of contract » de la *common law*. En effet, cette autre notion recouvre uniquement l'hypothèse d'une inexécution imputable au débiteur et se différencie sur ce point de la contravention au contrat, ou inexécution, telle que définie dans les codifications supranationales récentes.<sup>1016</sup> Dès lors, puisqu'il évite toute assimilation avec le *breach of contract* de la *common law*, **le choix terminologique effectué par les auteurs des Principes est préférable**<sup>1017</sup>.

639. Il existe également une autre différence formelle entre les Principes et la Convention : seuls les premiers ont **expressément défini ce qu'ils entendent par le terme « inexécution »**, alors qu'aucune définition de la « contravention au contrat » ne figure dans la deuxième. Bien entendu, cette divergence formelle n'en implique pas de matérielles. Néanmoins, elle nous a amené, dans cette étude, à analyser la notion d'inexécution dans une partie de ce chapitre qui lui est expressément consacrée (III.1.1., N 633 ss), alors que nous n'avons pas ressenti le besoin d'en traiter spécifiquement dans le chapitre décrivant la réglementation de la Convention (I.1., N 63 ss).

### 1.1.2. L'unité du régime de responsabilité

640. On présentera d'abord le caractère unique du régime de responsabilité en général (A.), avant d'en analyser plus précisément trois aspects. Il s'agira du fait qu'il n'est pas nécessaire de déterminer la source de l'obligation inexécutée (B.), le moment auquel l'empêchement à une bonne exécution est survenu (C.) et de distinguer entre l'inexécution d'une obligation de résultat et celle d'une obligation de moyens (D.).

#### A. En général

641. La définition unitaire de l'inexécution, exposée dans le paragraphe précédent (III.1.1.1., N 634 ss), relève d'une **approche également unitaire** par

<sup>1014</sup> En anglais, « breach of contract » ; en espagnol, « incumplimiento del contrato ».

<sup>1015</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 180 s. ; dans le même sens WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 540.

<sup>1016</sup> HARTKAMP, *Principles*, p. 135 s. ; WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 541 ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D ad art. 1:301 PE, p. 124.

<sup>1017</sup> HARTKAMP, *unidroit*, p. 98 ; dans le même sens LANDO, *Non-Performance*, p. 507.

rapport à toute la problématique de la réparation du dommage résultant de l'inexécution (au sens large) d'une des obligations du débiteur<sup>1018</sup>.

642. Une telle approche a déjà été adoptée dans la Convention<sup>1019</sup> et s'y traduit notamment par le fait que le régime de responsabilité est unique, dans le sens qu'un seul et même régime s'applique, indépendamment de la cause, la forme, la gravité de l'inexécution et quelle que soit l'obligation violée ou la prestation due<sup>1020</sup>. De même, elle se traduit dans les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens par le fait que **le régime de responsabilité est unique**<sup>1021</sup>.

643. Par contre, la définition unitaire de l'inexécution et le caractère unique du régime de responsabilité **n'impliquent pas que**, face à chaque inexécution, le créancier puisse se prévaloir contre le débiteur de tous les moyens prévus, respectivement, par le septième chapitre (sections 2 à 4) des Principes d'UNIDROIT ou par le neuvième des Principes européens<sup>1022</sup>. Ainsi, on a vu que le droit à des dommages-intérêts est limité par les exonérations de responsabilité que les Principes prévoient et que tel est notamment le cas si l'inexécution est due à la force majeure (art. 7.1.7 par. 1 PU, art. 8:101 al. 2 et 8:108 al. 1 PE)<sup>1023</sup>. Or, bien qu'en cas de force majeure le créancier insatisfait ne puisse pas agir en dommages-intérêts (ni d'ailleurs demander une exécution en nature)<sup>1024</sup>, *a priori* il est fondé à mettre fin au contrat conformément à la troisième section, respectivement, du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT ou du neuvième des Principes européens (art. 7.1.7 par. 4 PU et 8:101 al. 2 PE)<sup>1025</sup>.

644. Sans revenir sur toutes les caractéristiques du régime unique de responsabilité qui ont été exposées lors de l'analyse de la réglementation de la Convention dans la première partie de cette étude, certains aspects du régime méritent néanmoins d'être repris.

---

<sup>1018</sup> HARTKAMP, *Principles*, p. 139.

<sup>1019</sup> HARTKAMP, *Principles*, p. 135 et 139.

<sup>1020</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1, notamment N 239.

<sup>1021</sup> Concernant les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXXVIII.

<sup>1022</sup> Notamment HARTKAMP, *European*, p. 350.

<sup>1023</sup> Sur les limites de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 627.

<sup>1024</sup> Concernant l'effet libératoire des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., p. 297, N 858 ss.

<sup>1025</sup> Concernant les art. 7.1.7 par. 4 PU et 8:101 al. 2 PE, cf. le paragraphe III.1.4.4.B., p. 300, N 866 ss.

## B. Indifférence de la source de l'obligation inexécutée

645. Comme dans la réglementation de la Convention, le **régime de responsabilité est susceptible de s'appliquer lors de toute inexécution**, quelle que soit l'obligation violée (la lettre déjà de l'art. 7.1.1 PU s'exprime en ce sens, en employant la formule « l'une quelconque de ses obligations »<sup>1026</sup>)<sup>1027</sup>.

646. En particulier, il ne devrait pas être nécessaire de déterminer la source de l'obligation inexécutée. Certes, tant l'art. 7.1.1 PU que l'art. 1:301 al. 4 PE n'appréhendent expressément que l'inexécution d'une obligation contractuelle et ne mentionnent pas l'éventualité dans laquelle l'obligation inexécutée découlerait directement des Principes. Cette hypothèse est, néanmoins, bien réelle. Par exemple, l'art. 5.1.3 PU et l'art. 1:202 PE imposent aux parties un devoir de collaborer dont la contravention constitue une inexécution au sens, respectivement, de l'art. 7.1.1 PU et de l'art. 1:301 al. 4 PE – ce que cette deuxième disposition prévoit expressément. Or, ce devoir résulte directement des Principes<sup>1028</sup>, à moins que les auteurs de ceux-ci n'aient voulu qu'on admette l'existence implicite d'une obligation contractuelle le prévoyant chaque fois que les conditions de l'art. 5.1.3 PU ou de l'art. 1:202 PE sont remplies, ce qui paraît plutôt artificiel<sup>1029</sup>. D'ailleurs, le commentaire de l'art. 1.7 PU indique que l'art. 5.1.3 PU constitue une application du principe de la bonne foi, ce qui laisse aussi entendre que l'obligation prévue par cette disposition résulte directement des Principes<sup>1030</sup>. On en déduit que, tant dans les Principes d'UNIDROIT que dans les Principes européens, le régime de responsabilité appréhende toute obligation, **que celle-ci résulte du contrat ou des Principes eux-même**.

Vraisemblablement, l'obligation de renégocier à la suite d'un changement de circonstances prévue par l'art. 6:111 al. 2 PE résulte, elle aussi, directement des Principes. Elle est, d'ailleurs, liée au principe de la bonne foi<sup>1031</sup>. Son inexécution donne, en principe, droit à des dommages-intérêts (art. 6:111 al. 3 *in fine* PE).

<sup>1026</sup> En anglais, « any of its obligations ».

<sup>1027</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:101 PE. Sur le champ d'application des art. 74 à 77 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100.

<sup>1028</sup> Un passage de la deuxième illustration de l'art. 5.1.3 PU le suggère : « nonobstant la disposition contractuelle » (UNIDROIT, Illustr. 2 *ad* art. 5.1.3 PU) ; ainsi qu'un passage de la deuxième illustration de l'art. 1:202 PE : « whether or not its contract with B imposed on it an express obligation » (COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 2 *ad* art. 1:202 PE).

<sup>1029</sup> A propos de la difficulté de savoir si on est en train d'interpréter le contrat ou d'appliquer une norme supplétive, cf. le paragraphe I.1.3.1., notamment N 144.

<sup>1030</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 1.7 PU.

<sup>1031</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 6:111 PE.

647. Dès lors, **la formule des art. 45 al. 1 et 61 al. 1 CVIM** (« obligations résultant [...] du contrat de vente ou de la présente Convention »<sup>1032</sup>) **est préférable.**

### C. *Indifférence du moment de la survenance de l'empêchement*

648. Il n'est **pas nécessaire de déterminer le moment** auquel l'obstacle à une bonne exécution est survenu<sup>1033</sup>.

649. En particulier, contrairement au droit interne suisse (art. 20 al. 1 CO) et conformément aux tendances les plus modernes, **l'art. 3.3 par. 1 PU** et **l'art. 4:102 in initio PE**, qui ne sont toutefois pas des règles impératives (art. 3.19 PU et 4:118 PE), prévoient que le seul fait que, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations ne porte pas atteinte à la validité du rapport d'obligations, l'impossibilité initiale d'exécution étant assimilée à l'impossibilité qui survient après que l'obligation a pris naissance<sup>1034</sup>. Comme dans la réglementation de la Convention, il est indifférent de savoir si l'empêchement à une bonne exécution est initial ou subséquent<sup>1035</sup>.

650. On rappellera que le régime unique de la Convention appréhende l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective sans préjuger de la validité du contrat, mais uniquement pour le cas où le contrat est valable selon le droit désigné par les règles du droit international privé, conformément à l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM. Dès lors, lorsque le droit suisse est un tel droit et que l'inexécution (au sens large) consiste en un cas d'impossibilité initiale objective, de fait le régime de responsabilité prévu par la Convention ne s'applique pas, parce qu'en vertu de l'art. 20 al. 1 CO le contrat de vente est alors nul.<sup>1036</sup> En revanche, si les parties au contrat ont choisi les Principes comme loi régissant celui-ci<sup>1037</sup>, **l'art. 20 al. 1 CO ne limite pas l'application** des réglementations en matière de responsabilité prévues par ces instruments d'harmonisation, étant donné que ces derniers ne contiennent pas de réserve telle que celle de l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM, mais au contraire ils régissent eux-mêmes la question de la validité,

---

<sup>1032</sup> En anglais, « obligations under the contract or this Convention » ; en espagnol, « obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención ».

<sup>1033</sup> Notamment HARTKAMP, *European*, p. 350 ; ainsi que PICHONNAZ, *exonération*, p. 187 s., et PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 593 s.

<sup>1034</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 3.3 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment *ad* art. 4:102 PE.

<sup>1035</sup> Sur l'application des art. 74 à 77 CVIM quelque soit le moment auquel l'empêchement survient, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100.

<sup>1036</sup> A propos de l'art. 20 al. 1 CO en tant que limite de l'application de la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 101.

<sup>1037</sup> Sur la possibilité pour les parties de choisir les Principes comme loi régissant leur contrat, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 616.

notamment en cas d'impossibilité initiale objective (art. 3.3 par. 1 PU et 4:102 *in initio* PE)<sup>1038</sup>.

*D. Indifférence des qualifications d'obligation de résultat ou d'obligation de moyens*

651. Il n'est **pas nécessaire de différencier** l'inexécution d'une obligation de résultat de celle d'une obligation de moyens<sup>1039</sup>.

652. Certes, l'art. 5.1.4 PU distingue entre ces deux types d'obligation et l'art. 5.1.5 PU énumère des critères qui peuvent aider les parties, les juges et les arbitres lors de la détermination, parfois difficile<sup>1040</sup>, de la nature d'une obligation donnée. Toutefois, le commentaire de l'art. 5.1.4 PU lui-même précise que distinguer entre obligations de résultat et obligations de moyens ne rend pas compte de toutes les situations possibles ; et que des obligations des deux types peuvent coexister dans le même contrat<sup>1041</sup>. Il donne à ce propos l'exemple suivant : une société qui répare une machine défectueuse peut être considérée comme ayant une obligation de moyens concernant la qualité de la réparation en général, et une obligation de résultat en ce qui concerne le montage de certaines pièces de rechange. Cet exemple ressemble fortement à ceux que nous avons énoncés pour montrer que même la bonne exécution d'une obligation de moyens implique toujours l'obtention de toute une série de résultats partiels<sup>1042</sup>. Il révèle qu'en réalité, une seule et même **obligation présente le plus souvent des caractéristiques hybrides**, d'obligation de moyens pour certains de ses aspects et d'obligation de résultat pour d'autres<sup>1043</sup>.

653. Il n'est donc pas aisé en pratique de distinguer entre obligations de résultat et obligations de moyens<sup>1044</sup>. En raison de cette difficulté, le régime de responsabilité prévu par les Principes d'UNIDROIT perdrait d'ailleurs de son attrait si la distinction était véritablement importante. En réalité, sous l'angle des effets des obligations, la volonté des parties, telle qu'elle s'exprime par le contrat, est seule déterminante<sup>1045</sup> : ce qui compte, c'est de savoir **quels sont**

<sup>1038</sup> A propos du fait que les Principes régissent la « validité du contrat », cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 630.

<sup>1039</sup> D'autre avis, en ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 547 ss.

<sup>1040</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 5.1.5 PU.

<sup>1041</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 5.1.4 PU ; dans le même sens, LANDO, *Non-Performance*, p. 508.

<sup>1042</sup> A propos de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 109.

<sup>1043</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *Principles*, p. 135. Cf. également UNIDROIT, Illustr. 2 *ad* art. 5.1.4 PU.

<sup>1044</sup> CHAPPUIS, *clauses*, p. 285.

<sup>1045</sup> CHAPPUIS, *ibidem*.

**les engagements pris par le débiteur et si ces derniers ont été tenus**, plus que la manière dont on peut les qualifier.

654. Dès lors, c'est à juste titre que HARTKAMP note que les art. 5.1.4 et 5.1.5 PU sont **des dispositions plutôt théoriques, voire pédagogiques**, et qui d'ailleurs ne figurent pas dans les Principes européens<sup>1046</sup>.

### 1.1.3. Le cas particulier de l'exécution confiée à un tiers (art. 8:107 PE)

655. On décrira d'abord la manière dont, en matière de responsabilité, le fait d'un tiers est imputé au débiteur dans le cadre des Principes européens et des Principes d'UNIDROIT (A.), puis le critère permettant de déterminer les tierces personnes dont les actes sont imputés à l'autre (B.).

#### A. *L'imputation au débiteur des actes d'un tiers*

656. Comme dans la réglementation de la Convention, le régime unique de responsabilité prévu tant par les Principes d'UNIDROIT que par les Principes européens est susceptible de s'appliquer **que l'inexécution résulte du fait du débiteur lui-même ou de celui d'un tiers**<sup>1047</sup>. Cela est exprimé, en particulier, par l'art. 8:107 PE. En effet, selon cette disposition, si un débiteur n'exécute pas personnellement une obligation mais en confie l'exécution à un tiers, il ne « demeure pas moins [tenu] de l'exécution » envers le créancier<sup>1048</sup>.

657. Dans la version en français des Principes européens, la conséquence juridique de l'art. 8:107 PE n'est pas exprimée précisément, la formule « demeurer tenu de l'exécution » étant ambiguë. Elle est plus claire à la lecture de la version en anglais, selon laquelle, lorsque les conditions sont réalisées, le débiteur reste responsable d'une bonne exécution de l'obligation (« remains responsible for performance »), sous-entendu malgré la délégation au tiers<sup>1049</sup>. Le commentaire de l'art. 8:107 PE confirme que cette disposition traite d'une seule des questions juridiques résultant de la division du travail qui est propre du commerce et de l'industrie modernes, soit de celle de la responsabilité du débiteur à la suite d'une inexécution<sup>1050</sup>. La règle répond à cette question en prévoyant que, malgré la délégation au tiers, le débiteur doit, en principe,

---

<sup>1046</sup> HARTKAMP, *European*, p. 346 et 356.

<sup>1047</sup> A propos de l'unité des régimes de responsabilité prévus par les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.2. A., notamment N 642. Sur l'application des art. 74 à 77 CVIM indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100.

<sup>1048</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:107 PE.

<sup>1049</sup> Cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XLI.

<sup>1050</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:107 PE.

indemniser le créancier lorsque l'inexécution a été causée par les agissements de la tierce personne qu'il a précédemment chargée d'accomplir la prestation due. Autrement dit, en matière de responsabilité, **l'art. 8:107 PE impute au débiteur les actes du tiers** qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là.

658. Il en résulte que les Principes européens imputent au débiteur **explicitement** ce qui ne lui est imputé qu'implicitement dans la réglementation de la Convention<sup>1051</sup>. Comme celle-ci, les Principes d'UNIDROIT ne contiennent pas de disposition imputant explicitement les actes du tiers au débiteur ; cette imputation est implicite<sup>1052</sup>.

659. Néanmoins, selon **l'art. 6.1.11 PU** et **l'art. 7:112 PE**, « chaque partie supporte les frais de l'exécution de ses obligations. »<sup>1053</sup> Cette règle de droit, qui ne figure pas dans la Convention<sup>1054</sup>, signale, dans les Principes d'UNIDROIT notamment, que l'exécution d'une obligation est, en principe, entièrement l'affaire du débiteur de celle-ci<sup>1055</sup>.

660. Il s'agit de la même idée qui est sous-jacente à l'art. 8:107 PE, ce qui confirme indirectement la convergence matérielle des deux instruments d'harmonisation quant aux conséquences juridiques de la participation d'un tiers à l'exécution d'une obligation du débiteur. L'absence de disposition correspondant à l'art. 8:107 PE dans les Principes d'UNIDROIT n'a **pas de véritable portée**<sup>1056</sup>.

### B. *Le tiers dont les actes sont imputés au débiteur*

661. Sous l'angle de l'art. 8:107 PE, il est indifférent de déterminer quel est le rapport juridique entre le débiteur et le tiers (également dénommé rapport interne). De même, la tierce personne peut devoir suivre les instructions du débiteur (tel est le cas d'un employé ou d'un représentant) ou, au contraire, être un sous-contractant indépendant<sup>1057</sup>. Dans la logique de la règle en question, seul est **déterminant le fait que le débiteur ait confié l'exécution de son obligation au tiers**, autrement dit que ce dernier participe à l'exécution d'une des

<sup>1051</sup> Concernant l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation de la Convention en matière de responsabilité, cf. le paragraphe I.2.2.1.A., p. 94, N 277 ss.

<sup>1052</sup> S'agissant de l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de responsabilité, cf. le paragraphe III.2.3.1.B., p. 324, N 935 ss.

<sup>1053</sup> En anglais, « Each party shall bear the costs of performance of its obligations. »

<sup>1054</sup> BONELL, «Codice», p. 331.

<sup>1055</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 6.1.11 PU.

<sup>1056</sup> Dans le même sens BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*, p. 321.

<sup>1057</sup> Sur l'inutilité de la distinction entre tiers dépendant et tiers indépendant dans la réglementation de la Convention en matière de responsabilité, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 197.



obligations de celui-là de part la volonté de celui-là.<sup>1058</sup> De manière générale, cette circonstance est réalisée dès qu'une personne est liée à la structure par laquelle l'obligation doit être exécutée et dont l'organisation est imputable au débiteur. Aucun élément de la réglementation des Principes d'UNIDROIT ne laisse penser que cette définition du tiers dont les actes sont imputés au débiteur ne soit pas également pertinente pour ce texte<sup>1059</sup>.

662. Ainsi, **même si la tierce personne n'a pas été choisie par le débiteur**, mais par le créancier, ses actes sont imputés au débiteur dès que ce dernier la charge d'exécuter l'une de ses obligations, à moins bien entendu que les parties n'aient dérogé au régime prévu par les Principes<sup>1060</sup>. Par contre, le créancier devra supporter les conséquences de l'inexécution qui résulte des actes du tiers dans la mesure où cette dernière lui est imputable, conformément à l'art. 7.1.2 PU et à l'art. 8:101 al. 3 PE<sup>1061</sup>.

663. On notera, cependant, que, selon le commentaire de l'art. 7:106 PE, le débiteur est responsable de l'inexécution qui résulte du fait d'une tierce personne, non seulement lorsqu'il confie l'exécution de l'une de ses obligations au tiers, mais également lorsque celui-ci participe à l'accomplissement de la prestation due parce qu'il a lui-même un intérêt légitime à l'exécution<sup>1062</sup>. Tel est le cas si spontanément une caution essaie, sans succès, de payer la dette principale pour éviter de devoir, le cas échéant, couvrir les coûts d'une poursuite contre le débiteur ; ou si, sans y être sollicité par le propriétaire-bailleur, un locataire agit, par hypothèse sans succès, afin de payer l'hypothèque grevant l'immeuble de l'autre pour éviter la vente forcée du bâtiment. Dans ces hypothèses la tierce personne participe à l'exécution de l'obligation du débiteur sans que cela soit imputable, en tout cas directement, à la volonté de celui-ci<sup>1063</sup>. Dès lors, le **commentaire de l'art. 7:106 PE** s'oppose aux précisions apportées par celui de l'art. 8:107 PE, précédemment mentionnées.

664. Etant donné que les auteurs des Principes européens n'ont d'aucune manière laissé entendre qu'ils voulaient que les deux commentaires se contredisent, il faut essayer de **comprendre les art. 8:107 et 7:106 PE de manière à ce qu'ils soient cohérents** l'un avec l'autre.

---

<sup>1058</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:107 PE.

<sup>1059</sup> S'agissant de l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de responsabilité, cf. le paragraphe III.2.3.1.B., p. 324, N 935 ss.

<sup>1060</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 187. A propos du fait que les parties au contrat peuvent, en principe, déroger aux réglementations des Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 629. Sur le fait que le choix du tiers par le créancier n'exclut pas *ipso facto* l'application de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 208.

<sup>1061</sup> S'agissant des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE, cf. le sous-chapitre III.1.2., p. 234, N 670 ss.

<sup>1062</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 7:106 PE.

<sup>1063</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 7:106 PE.

665. Or, l'art. 7:106 PE appréhende l'hypothèse dans laquelle une tierce personne a un intérêt légitime à l'exécution uniquement lorsque « le débiteur n'a pas exécuté ou qu'il est manifeste qu'il n'exécutera pas à l'échéance » (art. 7:106 al. 1 let. b *in fine* PE). Autrement dit, c'est parce qu'il contrevient à son obligation que le débiteur est responsable selon l'art. 8:107 PE de l'inexécution qui résulte du fait du tiers qui agit en raison de son propre intérêt légitime. Il en découle qu'interpréter l'art. 8:107 PE en conformité avec le commentaire susmentionné de l'art. 7:106 PE reviendrait à admettre qu'une inexécution de la part du débiteur **impliquerait que** celui-ci confie indirectement l'accomplissement de la prestation due au tiers qui a lui-même un intérêt légitime à l'exécution et, pour cette raison, y participe. Ainsi, le débiteur qui ne paie pas sa dette confierait indirectement le paiement de celle-ci à la caution qui intervient spontanément dans le processus d'exécution de l'obligation pour éviter de devoir, le cas échéant, payer les coûts d'une poursuite contre le premier ; ou le propriétaire qui ne paie pas l'hypothèque gravant son immeuble en confierait implicitement le paiement au locataire qui, sans y être sollicité, agit pour éviter la vente forcée du bien.

666. A nos yeux, il est, en général, **inopportun de comprendre si largement le nombre des personnes** dont les actes sont imputés au débiteur. En effet, on ne peut pas vraiment dire que la caution ou le locataire susmentionnés participent à l'exécution d'une des obligations du débiteur de par la volonté de celui-ci<sup>1064</sup> ; en particulier, qu'ils font partie de la structure par laquelle les obligations du débiteur doivent être exécutées et dont l'organisation est imputable à celui-ci<sup>1065</sup>.

667. Surtout, **le résultat voulu peut être atteint par un autre raisonnement**. En effet, lorsqu'il ne s'exécute pas au sens de l'art. 7:106 al. 1 let. b PE, le débiteur contrevient à son obligation. Or, si cette inexécution lui est imputable (en particulier, si elle n'est pas due à la force majeure au sens de l'art. 8:108 al. 1 PE), le débiteur répond de tout événement qui, venant s'y ajouter, produit ou augmente le dommage, en conformité notamment avec la cinquième section du neuvième chapitre des Principes européens. En particulier, il répond également de l'événement ultérieur consistant dans le fait d'un tiers qui intervient spontanément dans le processus d'accomplissement de la prestation due parce qu'il a un intérêt légitime à l'exécution.

668. **Ce raisonnement est préférable** à celui retenu dans le commentaire susmentionné de l'art. 7:106 PE **avant tout pour trois raisons**. Premièrement, il n'empie pas sur la règle posée à l'art. 8:107 PE. Deuxièmement, bien qu'il

<sup>1064</sup> Pour une solution similaire mais par rapport à l'art. 1:305 PE, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 1:305 PE.

<sup>1065</sup> Sur le lien exigé entre l'intervention du tiers dans le processus d'exécution d'une obligation et la volonté du débiteur selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.3.4.B., notamment N 203.

élargisse, de fait, le nombre des personnes dont le débiteur répond, il ne le fait que là où cela se justifie, soit uniquement lorsque la première inexécution du débiteur (celle mentionnée à l'art. 7:106 al. 1 let. b *in fine* PE) est imputable à celui-ci. Troisièmement, comme cette première inexécution lui est alors imputable, le débiteur ne doit pas pouvoir s'exonérer de sa responsabilité grâce au seul fait que la deuxième inexécution, celle résultant des agissements du tiers, est due à un cas de force majeure qui l'aurait excusé s'il avait agi à la place de l'autre, ce que le commentaire de l'art. 7:106 PE semble pourtant admettre<sup>1066</sup>.

669. **En résumé**, il faut admettre que, lorsque « le débiteur n'a pas exécuté ou qu'il est manifeste qu'il n'exécutera pas à l'échéance » (art. 7:106 al. 1 let. b *in fine* PE), le débiteur est, certes, responsable des agissements du tiers qui intervient en raison de son propre intérêt légitime ; cette responsabilité ne résulte, toutefois, pas de l'art. 8:107 PE, mais du fait que le débiteur répond de tout événement qui, venant s'ajouter à une première inexécution qui lui est imputable, produit ou augmente le dommage.

A titre de comparaison, en droit suisse on qualifie ce deuxième raisonnement juridique de responsabilité pour le *casus mixtus*, expression par laquelle on entend la responsabilité pour le cas fortuit qui, venant s'ajouter à une attitude contraire au droit, produit ou augmente le dommage<sup>1067</sup>. Or, le fait d'un tiers constitue un cas fortuit dans l'optique du débiteur chaque fois que cette tierce personne n'est pas un auxiliaire de l'autre au sens de l'art. 101 al. 1 CO, c'est-à-dire chaque fois que la participation du tiers à l'exécution d'une des obligations du débiteur n'est pas imputable à ce dernier<sup>1068</sup>. La situation juridique est alors semblable à celle qui vient d'être décrite : si l'inexécution personnelle de la part du débiteur est imputable à celui-ci et que la relation de causalité naturelle entre l'inexécution et le cas fortuit est établie, alors la relation de causalité est, en principe, également adéquate (c'est-à-dire pertinente en droit), parce que le débiteur est dans son tort et il doit supporter les conséquences qui résultent de cet état qui contrevient au droit ; à moins qu'il ne prouve que le cas fortuit aurait atteint la prestation due, au détriment du créancier, même si l'obligation avait été bien exécutée. Le législateur suisse a notamment traité de la responsabilité pour *casus mixtus* dans l'hypothèse où en pratique la question se pose le plus, soit lors d'une demeure du débiteur (art. 103 CO)<sup>1069</sup> ; il faut néanmoins en admettre l'idée de manière générale<sup>1070</sup>.

---

<sup>1066</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C ad art. 7:106 PE ; *recte* COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) ad art. 8:108 PE. Cf. également le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 831.

<sup>1067</sup> VON TUHR/ESCHER, § 13 n. 16, p. 90.

<sup>1068</sup> Cf., par exemple, GAUCH, N 1187 (*idem* dans l'adaptation française par Benoît CARRON) et Tribunal cantonal du Valais, 5 février 1987, RVJ 1988 p. 348, consid. 10b, p. 349 avec réf.

<sup>1069</sup> Concernant la responsabilité « même » pour le cas fortuit selon l'art. 103 al. 1 *in fine* CO à la lumière des principes qui gouvernent la responsabilité pour l'inexécution au sens large des obligations, cf. le paragraphe IV.1.3.2., p. 349, N 999 ss.

<sup>1070</sup> Sur la portée générale du régime de la responsabilité pour *casus mixtus*, cf. le paragraphe IV.1.3.2.A., notamment N 1003.

## 1.2. L'inexécution causée par le créancier (art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE)

670. Comme dans la réglementation de la Convention, selon les Principes, le fait que l'inexécution (au sens large)<sup>1071</sup> soit due à une action ou à une omission de la part du créancier a un effet sur les moyens dont celui-ci peut se prévaloir contre l'autre partie<sup>1072</sup>. L'art. 7.1.2 PU et l'art. 8:101 al. 3 PE sont les **dispositions générales** qui y appréhendent l'hypothèse dans laquelle l'inexécution est causée par un acte imputable au créancier.

671. Pour sa part, l'art. 7.4.7 PU limite le droit du créancier aux dommages-intérêts dans la mesure où celui-ci a contribué à la réalisation du préjudice. Son commentaire officiel clarifie quel est le rapport entre cette règle et l'art. 7.1.2 PU : il s'agit d'une **norme spéciale qui concrétise en matière de dommages-intérêts** le « principe général » établi par l'autre disposition<sup>1073</sup>. Deux règles d'interprétation peuvent être déduites de ce rapport. Premièrement, l'art. 7.4.7 PU doit être interprété en conformité avec l'art. 7.1.2 PU autant que possible. Deuxièmement, étant donné que celui-là concrétise celui-ci, se référer au premier peut le cas échéant faciliter la compréhension du deuxième, s'il apparaît que cette disposition est peu claire. Il a été jugé que l'art. 7.4.7 PU exprime un principe coutumier du commerce international<sup>1074</sup>.

672. En revanche, le commentaire de l'art. 9:504 PE précise que cette disposition règle deux situations différentes<sup>1075</sup>. La première est celle dans laquelle une action ou une omission imputable au créancier cause, ne serait-ce que partiellement, l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur ; la deuxième est celle dans laquelle un acte imputable au créancier, bien qu'il n'ait pas causé l'inexécution elle-même, aggrave les conséquences dommageables de celle-ci. Autrement dit, dans la première situation, il est question de l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) de l'inexécution au sens large elle-même ; dans la deuxième, de celle du dommage et on s'y intéresse à des actes qui sont généralement postérieurs à l'inexécution. Comme l'art. 8:101 al. 3 PE ne concerne que l'imputabilité de l'inexécution, **seule la première des deux situations appréhendées par l'art. 9:504 PE** peut être considérée comme étant également couverte par la règle générale établie à l'art. 8:101 al. 3 PE<sup>1076</sup>. Pour des

<sup>1071</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1072</sup> S'agissant de l'art. 80 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.1., p. 23, N 66 ss.

<sup>1073</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1074</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 27 septembre 1996 (cause n° 8261).

<sup>1075</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:504 PE.

<sup>1076</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B et C *ad* art. 9:504 PE.

raisons de cohérence interne, seule cette première hypothèse sera approfondie dans ce sous-chapitre.

673. La **deuxième situation appréhendée par l'art. 9:504 PE sera approfondie** lors de l'analyse de l'art. 9:505 PE<sup>1077</sup>. En effet, l'art. 9:505 al. 1 PE règle l'hypothèse dans laquelle le préjudice résultant de l'inexécution (au sens large) d'une des obligations du débiteur pourrait être réduit ou complètement évité si le créancier (voire une tierce personne dont celui-ci répond) prenait des mesures raisonnables. Or, cette troisième situation<sup>1078</sup> est proche de la deuxième que règle l'art. 9:504 PE, car, dans les deux hypothèses, l'acte imputable au créancier ne cause pas l'inexécution elle-même, mais a un effet sur les conséquences dommageables de celle-ci. En substance, la plus grande différence entre les deux situations réside dans le fait que, le plus souvent, l'une concerne une action (l'acte imputable au créancier aggrave le préjudice), l'autre une omission (l'acte imputable au créancier ne réduit pas ou n'évite pas le préjudice). Mais, en général, les auteurs des Principes européens n'ont pas voulu distinguer entre les actions et les omissions d'une partie (cf. l'art. 1:301 al. 1 PE). Dès lors, il aurait été plus conforme aux dispositions générales des Principes de traiter des deux situations en une seule disposition, plutôt que de suivre la distinction effectuée en droit anglais entre « contributory negligence » et « failure to mitigate »<sup>1079</sup>. Analyse théorique à part, la similitude qui existe entre les deux situations apparaît également si on compare la deuxième illustration de l'art. 9:504 PE avec, par exemple, la première de l'art. 9:505 PE. Par ailleurs, lors de la publication de la première partie des Principes européens en 1995, les art. 9:504 et 9:505 PE n'étaient qu'une seule disposition : l'art. 4.504 PE<sup>1080</sup>.

674. Comme dans la réglementation de la Convention, **le débiteur peut invoquer concurremment** l'art. 7.1.2 et l'art. 7.1.7 par. 1 PU, respectivement l'art. 8:101 al. 3 et l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1081</sup>. En particulier, la systématique de l'art. 8:101 al. 2 et 3 PE suggère qu'il n'existe pas de subsidiarité logique entre la déchéance parce que l'inexécution a été causée par le créancier et l'exonération due à la force majeure. Néanmoins, en pratique, il devient le plus souvent inutile de songer à l'application de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE dès que les conditions, respectivement, de l'art. 7.1.2 PU ou de l'art. 8:101 al. 3 PE sont réalisées, parce que l'application de ces dispositions-ci est potentielle-

---

<sup>1077</sup> Concernant les art. 9:504 *in fine* et 9:505 PE, ainsi que l'art. 7.4.8 PU, cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>1078</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:504 PE.

<sup>1079</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, *ibidem*.

<sup>1080</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, p. 94.

<sup>1081</sup> S'agissant de l'exonération en vertu des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le sous-chapitre III.1.4., p. 269, N 776 ss. Sur le rapport entre l'art. 80 CVIM et l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.1., notamment N 67.

ment plus avantageuse pour le débiteur que celle de celles-là, étant donné que le créancier est, le cas échéant, déchu de tous ses droits.

675. Conformément à ce qui précède, l'art. 7.1.2 et l'art. 7.1.7 par. 1 PU, respectivement l'art. 8:101 al. 3 et l'art. 8:108 al. 1 PE, sont **indépendants l'un de l'autre**, dans le sens que la réalisation en elle-même des conditions de l'un n'influence pas celle des conditions de l'autre et *vice versa*. Ainsi, il ne faut pas que les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU soient remplies pour que le créancier soit déchu de tous ses droits en vertu de l'art. 7.1.2 PU (ou, le cas échéant, de l'art. 7.4.7 PU), bien que le commentaire de l'art. 7.4.7 PU donne malencontreusement l'impression du contraire<sup>1082</sup>.

### 1.2.1. La raison d'être de la déchéance des droits

676. Le commentaire de l'art. 8:101 PE souligne qu'il serait **contraire aux exigences de la bonne foi** que le créancier puisse déduire des droits de l'inexécution qui lui est imputable<sup>1083</sup>. De même, celui de l'art. 1.7 PU indique que l'art. 7.1.2 PU constitue une application du principe de la bonne foi<sup>1084</sup> et celui de l'art. 7.4.7 PU qu'il serait injuste que le créancier puisse obtenir la complète réparation d'un préjudice à la réalisation duquel il a contribué<sup>1085</sup>. Dès lors, on retrouve dans les Principes la même idée qui est à la base de l'art. 80 CVIM<sup>1086</sup>.

### 1.2.2. Les champs d'application des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU et des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE

677. On analysera d'abord le champ d'application des dispositions générales en la matière, soit l'art. 7.1.2 PU et l'art. 8:101 al. 3 PE (A.), ensuite celui, à notre avis identique, de l'art. 7.4.7 PU (B.), enfin celui, explicitement plus large, de l'art. 9:504 PE (C.).

#### A. *Le champ d'application général (art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE)*

678. Tant l'art. 7.1.2 PU que l'art. 8:101 al. 3 PE sont **applicables** lorsqu'un acte imputable au créancier a été une des causes pertinentes, ne serait-ce que partiellement, de l'inexécution d'une des obligations du débiteur. En particulier, le commentaire officiel de chacune des deux dispositions confirme qu'elles

<sup>1082</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1083</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B (iii) *ad* art. 8:101 PE, p. 360.

<sup>1084</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 1.7 PU ; ainsi que EBERHARD, p. 168.

<sup>1085</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1086</sup> Concernant la raison d'être de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.1., p. 24, N 68.

s'appliquent également lorsque le fait du créancier ne constitue qu'un obstacle partiel à l'exécution par l'autre partie<sup>1087</sup>.

679. Le champ d'application ainsi défini **correspond à celui de l'art. 80 CVIM**, tel que l'admet la doctrine majoritaire<sup>1088</sup>.

#### B. *Le champ d'application de l'art. 7.4.7 PU*

680. Alors que, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (III.1.2.2.A., N 678 ss), l'art. 7.1.2 PU, à l'instar des art. 80 CVIM et 8:101 al. 3 PE, s'intéresse à l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) de l'inexécution elle-même, l'art. 7.4.7 PU traite, d'après sa lettre, de l'imputabilité de la « réalisation du préjudice ». Or, cette disposition a pour but de concrétiser en matière de dommages-intérêts le principe général établi par l'autre, en conformité avec laquelle elle doit être interprétée autant que possible<sup>1089</sup>. La question se pose, dès lors, de savoir si, afin d'interpréter l'art. 7.4.7 PU en conformité avec l'art. 7.1.2 PU, il faut comprendre la formule « réalisation du préjudice » simplement comme une paraphrase du terme « inexécution » (une paraphrase qu'on pourrait expliquer par le fait que, en matière de dommages-intérêts, on tend à mettre l'accent sur le préjudice lui-même plus que sur les autres conditions de la prétention). Une telle interprétation contribuerait, d'une part, à la cohérence entre les deux règles de droit. D'autre part, elle permettrait de clairement distinguer le champ d'application de l'art. 7.4.7 PU de celui de l'art. 7.4.8 PU : cette disposition est, en effet, susceptible d'appréhender tout comportement imputable au créancier qui soit postérieur à l'inexécution<sup>1090</sup>. Par conséquent, il est, à notre avis, préférable d'admettre que l'art. 7.4.7 PU règle uniquement la question de **l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) de l'inexécution elle-même**, son champ d'application étant identique à celui de l'art. 7.1.2 PU<sup>1091</sup>.

**Exemple :** Dans une affaire de retard dans la livraison des marchandises vendues, il a été jugé que le créancier avait droit uniquement à la moitié des dommages-intérêts qu'il demandait, parce que le retard dans l'exécution était en partie dû au fait qu'il n'avait pas fourni les documents nécessaires au dédouanement en temps utile. Bien que le Tribunal arbitral ait fondé cette décision sur le droit interne applicable, il s'est référé également à l'art. 7.4.7 PU pour confir-

---

<sup>1087</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.1.2 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B (iii) *ad* art. 8:101 PE, p. 361.

<sup>1088</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.2., p. 24, N 69 ss.

<sup>1089</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.7 PU ; ainsi que l'introduction du sous-chapitre III.1.2., notamment N 671.

<sup>1090</sup> En ce qui concerne le rapport entre l'art. 7.4.7 PU et l'art. 7.4.8 PU, cf. également UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.4.7 PU. Concernant l'art. 7.4.8 PU, ainsi que les art. 9:504 *in fine* et 9:505 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>1091</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 7.1.2 PU, ainsi que de l'art. 8:101 al. 3 PE, cf. le paragraphe III.1.2.2.A., p. 237, N 678 ss.

mer le bien-fondé du jugement au plan international. Or, l'acte imputable au créancier en raison duquel l'indemnisation n'est que partielle (c'est-à-dire la défaillance de fournir à temps les documents nécessaires au dédouanement) est, avant tout, une des causes pertinentes de l'inexécution elle-même de la part du débiteur (soit le retard dans la livraison des marchandises).<sup>1092</sup>

### C. *Le champ d'application de l'art. 9:504 PE*

681. Le champ d'application de l'art. 9:504 PE est **explicitement plus large que celui de l'art. 8:101 al. 3 PE**<sup>1093</sup>. Il englobe, en effet, deux situations différentes, dont seule la première relève également du champ d'application de l'autre disposition, alors que la deuxième en est en dehors. La première situation vise l'imputabilité (au débiteur ou au créancier) de l'inexécution au sens large elle-même, à l'instar de l'art. 8:101 al. 3 PE, alors que la deuxième concerne l'imputabilité du dommage et s'intéresse à des actes qui sont généralement postérieurs à l'inexécution<sup>1094</sup>.

682. En comparant les réglementations des Principes, on constate que le champ d'application de l'art. 9:504 PE est **également plus large que celui de l'art. 7.4.7 PU**, selon l'interprétation proposée dans le paragraphe précédent (III.1.2.2.B., N 680)<sup>1095</sup>. En particulier, alors que le commentaire de l'art. 9:504 PE admet que cette disposition fait plus que concrétiser la règle générale établie par l'art. 8:101 al. 3 PE en matière de dommages-intérêts<sup>1096</sup>, celui de l'art. 7.4.7 PU présente cette autre disposition comme étant uniquement une concrétisation en matière de dommages-intérêts du principe général prévu par l'art. 7.1.2 PU<sup>1097</sup>. Mais le choix des auteurs des Principes européens a pour conséquence qu'il est difficile et discutable de différencier la deuxième situation appréhendée par l'art. 9:504 PE de celle réglée par l'art. 9:505 PE<sup>1098</sup>. La solution des Principes d'UNIDROIT est préférable<sup>1099</sup>.

<sup>1092</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (Fédération de Russie), 2 septembre 1997 (cause n° 225/1996).

<sup>1093</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 8:101 al. 3 PE, ainsi que de l'art. 7.1.2 PU, cf. le paragraphe III.1.2.2.A., p. 237, N 678 ss.

<sup>1094</sup> A propos des deux situations appréhendées par l'art. 9:504 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.2., notamment N 672.

<sup>1095</sup> Dans le même sens BONELL, *Similar Rules*, p. 236.

<sup>1096</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B et C *ad* art. 9:504 PE.

<sup>1097</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1098</sup> Sur les liens entre la deuxième situation appréhendée par l'art. 9:504 PE et celle réglée par l'art. 9:505 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.2., notamment N 673.

<sup>1099</sup> Concernant le champ d'application de l'art. 7.4.7 PU, cf. le paragraphe III.1.2.2.B., p. 237, N 680.



### 1.2.3. Les conditions

683. Les champs d'application notamment des art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE le suggèrent : la déchéance, partielle ou totale, des droits du créancier présuppose un **acte imputable au créancier qui soit au moins une des causes pertinentes** de l'inexécution d'une des obligations du débiteur<sup>1100</sup>.

684. Il s'agit des **mêmes conditions qui sont prévues à l'art. 80 CVIM**<sup>1101</sup>.

#### A. *Un acte imputable au créancier*

685. Comme dans la réglementation de la Convention, **tout acte imputable au créancier** peut être pertinent<sup>1102</sup>.

686. Ainsi, il peut matériellement s'agir d'une **action** ou d'une **omission**.

687. De même, il est indifférent de distinguer entre **l'acte du créancier lui-même** ou celui **d'une tierce personne dont il répond**. En particulier, les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU explicitent que le créancier est déchu de ses droits également lorsque l'inexécution est due à un événement autre que son propre fait et dont il supporte le risque (« bears the risk »); et le commentaire de l'art. 7.4.7 PU confirme à cet égard qu'on compte notamment le fait des personnes dont le créancier doit répondre au nombre des événements autres dont ce dernier supporte le risque<sup>1103</sup>. Dès lors, il faut comprendre le titre de l'art. 7.1.2 PU « Fait du créancier »<sup>1104</sup> dans un sens large, qui embrasse tout acte imputable au créancier, y compris l'événement autre que le propre comportement de celui-ci et dont celui-ci supporte le risque<sup>1105</sup>. Malgré le silence de l'art. 8:101 al. 3 PE, de même que de l'art. 80 CVIM, ce qui précède vaut également lors de l'application de ces dispositions<sup>1106</sup>.

Le commentaire de l'art. 7.1.2 PU rappelle qu'un créancier ne peut pas se prévaloir de l'inexécution qui résulte d'un événement dont le risque est expressément ou implicitement mis, par le contrat, à sa charge<sup>1107</sup>. Cette précision ne fait que concrétiser les dispositions générales des Principes d'UNIDROIT. En effet,

---

<sup>1100</sup> S'agissant du champ d'application de l'art. 7.1.2 PU et de l'art. 8:101 al. 3 PE, cf. le paragraphe III.1.2.2.A., p. 237, N 678 ss.

<sup>1101</sup> Concernant les conditions de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3., p. 25, N 76 ss.

<sup>1102</sup> S'agissant de l'acte imputable au créancier en tant que condition de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.A., p. 26, N 77.

<sup>1103</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1104</sup> En anglais, « interference by the other party ».

<sup>1105</sup> Dans le même sens WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 559.

<sup>1106</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, *Illustr. 3 ad* art. 8:101 PE. Sur l'imputation au créancier, lors de l'application de l'art. 80 CVIM, de l'acte d'une tierce personne dont il répond, cf. le paragraphe I.1.1.3.A., notamment N 77.

<sup>1107</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.2 PU.

comme l'art. 1:102 al. 2 PE, l'art. 1.5 PU admet qu'en principe les parties au contrat peuvent déroger (expressément ou implicitement) aux règles de droit des Principes, à moins que ceux-ci n'en disposent autrement (cf. notamment l'art. 7.1.6 PU, ainsi que l'art. 8:109 PE<sup>1108</sup>)<sup>1109</sup>.

### B. Une cause pertinente de l'inexécution

688. Comme dans la réglementation de la Convention, l'acte imputable au créancier doit être **une cause pertinente de l'inexécution**<sup>1110</sup>.

689. Selon une illustration de l'art. 8:101 PE, le créancier est déchu de ses droits même si l'action ou l'omission qu'on lui impute et qui occasionne l'inexécution d'une des obligations du débiteur est due à un cas de force majeure au sens de l'art. 8:108 al. 1 PE. Dans l'exemple, un architecte s'est engagé envers un entrepreneur à établir des plans en vue d'un projet de construction à Tripoli, mais il n'a pas pu accomplir sa prestation parce qu'il n'a pas reçu les instructions que l'entrepreneur devait lui fournir. Ce dernier est alors déchu des droits résultant, *a priori*, de l'inexécution de la part de l'architecte, même si son manquement est dû au fait que son personnel est mort dans un accident d'avion lors du déplacement en Libye, c'est-à-dire bien que sa défaillance soit due à un cas de force majeure au sens de l'art. 8:108 al. 1 PE.<sup>1111</sup> Une illustration de l'art. 7.1.2 PU adopte la même position en affirmant que le créancier est déchu de ses droits même s'il « est exonéré »<sup>1112</sup>.

690. Cet avis a déjà été critiqué lors de l'analyse des conditions de l'art. 80 CVIM et doit l'être ici fondamentalement pour les mêmes raisons : à notre avis, il est **critiquable que le créancier soit déchu de ses droits même s'il prouve que** l'action ou l'omission qu'on lui impute, et qui occasionne l'inexécution d'une des obligations du débiteur, est due, en définitive, à un cas de force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1113</sup>. Deux arguments notamment s'y opposent.

691. Premièrement, pourquoi, au moment de pondérer les responsabilités respectives, **faudrait-il être plus sévère envers le créancier** s'agissant du respect de celle qui n'est pas une véritable obligation, mais plutôt une incombance (les art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE prévoient, en effet, des désavantages pour le

<sup>1108</sup> S'agissant de l'art. 7.1.6 PU et de l'art. 8:109 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.B, p. 262, N 759 ss.

<sup>1109</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent, en principe, déroger aux réglementations des Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 629.

<sup>1110</sup> Concernant la causalité entre l'acte imputable au créancier et l'inexécution en tant que condition de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., p. 26, N 78 ss.

<sup>1111</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 4 *ad* art. 8:101 PE.

<sup>1112</sup> UNIDROIT, Illustr. 1 *ad* art. 7.1.2 PU.

<sup>1113</sup> Sur l'absence de déchéance des droits du créancier selon l'art. 80 CVIM si les conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont réalisées, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 89.

créancier sans établir de nouveaux droits pour l'autre partie), **qu'envers le débiteur** s'agissant de l'inexécution d'une obligation? En particulier, la raison d'être des art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE n'exige pas une sévérité aussi extrême<sup>1114</sup> : pourquoi serait-il contraire à la bonne foi que le créancier puisse déduire des droits de l'inexécution si l'acte qu'on lui impute est dû, en définitive, à un cas de force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE, alors qu'il est conforme à la même bonne foi que le débiteur qui prouve que les conditions de ces dispositions sont réalisées ne doit pas d'indemnisation?<sup>1115</sup>

692. Deuxièmement, il est **douteux** qu'on puisse admettre que l'action ou l'omission imputable au créancier **soit une cause pertinente de l'inexécution** si ce dernier prouve que l'acte est dû, en définitive, à un cas de force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1116</sup>.

693. Comme dans la réglementation de la Convention, il est préférable de considérer que la prise en compte d'un cas de force majeure dans le contexte des art. 7.1.2 PU et 8:101 al. 3 PE relève d'une **application par analogie**, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE, ce qui permet notamment d'éviter tout malentendu sur le fait que c'est le créancier qui supporte alors le fardeau de la preuve des conditions de ces dispositions-ci<sup>1117</sup>.

#### 1.2.4. Les effets

694. On décrira d'abord les effets des règles de droit analysées dans ce sous-chapitre sur les droits du créancier (A.), ensuite ceux sur les droits du débiteur (B.).

##### A. *Sur les droits du créancier*

695. En appliquant les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens, l'imputabilité au créancier de l'inexécution d'une des obligations du débiteur a le même effet sur les droits de celui-là que selon l'art. 80 CVIM<sup>1118</sup> : comme le dit l'art. 7.1.2 PU, **le créancier « ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre**

---

<sup>1114</sup> Concernant la raison d'être des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE, cf. le paragraphe III.1.2.1., p. 236, N 676.

<sup>1115</sup> A propos du rejet d'une solution revenant à admettre un degré de sévérité différent pour le créancier et le débiteur lors de l'application de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 86.

<sup>1116</sup> Sur le lien entre la causalité pertinente de l'art. 80 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 87.

<sup>1117</sup> A propos de l'application de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM par analogie dans le contexte de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 90.

<sup>1118</sup> Concernant l'effet de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du créancier, cf. le paragraphe I.1.1.4. A., p. 31, N 92 ss.

**partie** »<sup>1119</sup>. L'art. 8:101 al. 3 PE exprime la même idée, mais de façon autoréférentielle car il se réfère à la systématique des Principes européens eux-mêmes, en prévoyant que le créancier « ne peut recourir à aucun des moyens prévus au chapitre 9 »<sup>1120</sup>.

696. Tant selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU que selon l'art. 8:101 al. 3 PE, cet effet se produit « **dans la mesure où** »<sup>1121</sup> **l'inexécution est due, en définitive, à un acte** qui est imputable au créancier. Il peut être total, dans le sens que le créancier est déchu de tous ses droits, ou partiel. Pour en juger, l'art. 7.4.7 PU indique qu'il faut notamment tenir compte du comportement respectif des parties : plus le manquement d'une partie est grave, plus elle a contribué à l'inexécution<sup>1122</sup>.

697. Le créancier est **totalement déchu de ses droits** si l'inexécution d'une des obligations du débiteur est, en définitive, due exclusivement à l'acte, ou aux actes, qui lui est imputable<sup>1123</sup>.

698. À l'opposé, si l'acte imputable au créancier n'est, en définitive, pas une cause pertinente de l'inexécution, le créancier n'est **pas déchu de ses droits**. Tel est notamment le cas si l'acte est dû à un cas de force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1124</sup>.

699. La situation juridique est plus complexe, lorsque l'acte imputable au créancier est, en définitive, une cause pertinente, mais seulement partielle, de l'inexécution (au sens large). Le créancier n'est alors que **partiellement déchu de ses droits**; la déchéance se produit à concurrence de l'imputabilité de l'inexécution au créancier<sup>1125</sup>. Autrement dit, ce dernier peut se prévaloir de l'inexécution par le débiteur dans la mesure où celle-ci ne lui est pas imputable. Il est opportun de distinguer les droits résultant de l'inexécution qui sont modulables en intensité de ceux qui ne le sont pas.

700. **Si les effets du moyen invoqué par le créancier sont modulables en intensité**, ce dernier peut se prévaloir du droit en question uniquement dans la mesure (au *pro rata*) où l'inexécution ne lui est pas imputable. Ainsi, concrètement, il obtiendra une réduction partielle du prix (art. 9:401 PE), des intérêts

<sup>1119</sup> En anglais, « may not rely on the non-performance of the other party ».

<sup>1120</sup> En anglais, « may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 ».

<sup>1121</sup> En anglais, « to the extent that » (cette formule est employée également à l'art. 9:504 PE, mais traduite en français par « pour autant que »).

<sup>1122</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1123</sup> Notamment WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 557.

<sup>1124</sup> Sur l'absence de déchéance des droits du créancier selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE si les conditions matérielles des art. 7.1.7 par. 1 PU ou 8:108 al. 1 PE sont réalisées, cf. le paragraphe III.1.2.3.B, notamment N 690.

<sup>1125</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.7 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B (iii) *ad* art. 8:101 PE, p. 361, et Comment B *ad* art. 9:504 PE; ainsi que WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 557, et EBELHARD, p. 169.

partiels (art. 7.4.9 PU et art. 9:508 PE) ou une réparation partielle du dommage subi, ce que l'art. 7.4.7 PU et l'art. 9:504 PE confirment.

701. En revanche, si les effets du moyen invoqué par le créancier ne sont **pas modulables en intensité** et que seule une conséquence juridique du « tout ou rien » est envisageable en pratique (c'est le cas, le plus souvent, du droit de résoudre le contrat au sens des art. 7.3.1 à 7.3.3 PU et des art. 9:301 à 9:304 PE, mais également du droit à l'exécution en nature selon les art. 7.2.1 et 7.2.2 PU et 9:101 et 9:102 PE, et de celui à la réparation ou au remplacement de l'objet en vertu de l'art. 7.2.3 PU), alors le créancier peut se prévaloir du droit en question uniquement si les conditions en sont réalisées en prenant en considération l'inexécution au sens large dans la seule mesure où celle-ci ne lui est pas imputable. En effet, il n'est privé du droit de se prévaloir de l'inexécution par le débiteur que dans la mesure où celle-ci lui est imputable<sup>1126</sup>.

702. Lorsque le créancier n'est que partiellement déchu de ses droits, il garde la faculté de **choisir le droit qu'il préfère exercer parmi ceux qui lui restent et même de cumuler** les moyens qui ne sont pas logiquement incompatibles, en conformité notamment à l'art. 8:102 PE<sup>1127</sup>.

Selon le commentaire de l'art. 7.1.2 PU, lorsque (et dans la mesure où) le créancier est déchu de ses droits, « le comportement en question ne devient pas une inexécution non imputable mais il cesse d'être une inexécution. »<sup>1128</sup> De manière similaire, LANDO n'emploie le terme « inexécution » pour décrire les situations dans lesquelles le créancier n'a pas obtenu de bonne exécution d'une de ses créances que si ce dernier peut se prévaloir d'un ou de plusieurs moyens résultant de la contravention<sup>1129</sup> ; autrement, si le créancier ne peut invoquer aucun remède malgré le manquement de l'autre partie, il utilise l'expression « < remedy-less > failure to perform »<sup>1130</sup>. Or, il peut certes être intéressant qu'à ces deux situations différentes corresponde une distinction terminologique<sup>1131</sup>. Toutefois, le commentaire susmentionné va trop loin et le choix terminologique finalement retenu par les auteurs tant des Principes d'UNIDROIT que des Principes européens ne correspond pas à celui de cet auteur. Premièrement, tant l'art. 7.1.2 PU que l'art. 8:101 al. 3 PE emploient expressément le terme « inexécution » et laissent donc entendre que, même si les conditions d'une déchéance, totale ou partielle, des droits du créancier sont réalisées, l'inexécution de l'obligation du débiteur n'en est pas moins une. Deuxièmement, le commentaire de l'art. 7.1.1 PU confirme que le concept d'« inexécution » selon

---

<sup>1126</sup> Sur la déchéance partielle des droits du créancier selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE, cf. *supra*, notamment N 699.

<sup>1127</sup> A propos de l'exercice d'un moyen prévu par les Principes alternativement ou cumulativement avec un autre, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 626.

<sup>1128</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad art.* 7.1.2 PU ; ainsi que WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 557.

<sup>1129</sup> LANDO, *Non-Performance*, p. 507.

<sup>1130</sup> LANDO, *Non-Performance*, p. 506 s. et 509.

<sup>1131</sup> LANDO, *Non-Performance*, p. 509.

les Principes d'UNIDROIT recouvre toute défaillance dans l'accomplissement de la prestation due, même celle qui est causée par le créancier<sup>1132</sup>. En effet, ce concept se veut large et unitaire<sup>1133</sup>.

### B. *Sur les droits du débiteur*

703. Comme dans la réglementation de la Convention, la déchéance, partielle ou totale, des droits du créancier n'a **pas de conséquences directes** sur les droits du débiteur<sup>1134</sup>.

704. Outre qu'invoquer la déchéance des droits du créancier, le **débiteur peut se prévaloir des moyens résultant de l'inexécution uniquement si** l'acte, ou les actes, imputable au créancier constitue, en même temps, l'inexécution (au sens large) d'une des obligations de celui-ci, ce qui paraît être souvent le cas<sup>1135</sup>.

## 1.2.5. Le fardeau de la preuve

705. Comme dans la réglementation de la Convention, le **débiteur**, qui bénéficie des effets prévus notamment à l'art. 7.1.2 PU et à l'art. 8:101 al.3 PE, supporte le fardeau de la preuve des conditions d'application de ces règles de droit<sup>1136</sup>.

## 1.3. La prétention en dommages-intérêts (art. 7.4.1 à 7.4.13 PU et art. 9:501 à 9:510 PE)

706. Tant l'art. 7.4.1 PU que l'art. 9:501 al. 1 PE prévoient que le créancier insatisfait peut demander la réparation du dommage qui résulte de l'inexécution (au sens large)<sup>1137</sup> d'une des obligations de l'autre partie, sous réserve des exonérations prévues dans les Principes<sup>1138</sup>. Chacun de ces deux articles ouvre la

<sup>1132</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.1.1 PU.

<sup>1133</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1134</sup> Sur l'absence de conséquences directes de l'application de l'art. 80 CVIM sur les droits du débiteur, cf. le paragraphe I.1.1.4.B., notamment N 96.

<sup>1135</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Illustr. 1 *ad* art. 7.1.2 PU et Comment. 2 *ad* art. 7.4.7 PU. Sur la possibilité pour le débiteur de se prévaloir des moyens résultant de l'inexécution lorsque l'art. 80 CVIM s'applique, cf. le paragraphe I.1.1.4.B., notamment N 97.

<sup>1136</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. PICHONNAZ, *exonération*, p. 181. Concernant le fardeau de la preuve des conditions d'application de l'art. 80 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.5., p. 34, N 98.

<sup>1137</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1138</sup> Sur les limites de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 627.

section qui traite des dommages-intérêts, respectivement, dans le septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et dans le neuvième des Principes européens, et pose le principe d'un **droit général à des dommages-intérêts** en cas d'inexécution<sup>1139</sup>.

Il a été jugé que l'art. 7.4.1 PU exprime un principe coutumier du commerce international<sup>1140</sup>.

707. La quatrième section du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et la cinquième du neuvième des Principes européens se ressemblent amplement : il y a, certes, des différences rédactionnelles, mais presque sans effet sur le fond<sup>1141</sup>. Elles comprennent, chacune, plus de dispositions que la réglementation correspondante de la Convention (art. 74 à 78 CVIM)<sup>1142</sup>. Par rapport à celle-ci, les règles de droit des Principes peuvent être subdivisées en deux groupes, en distinguant, d'une part, celles qui y figurent (on y retrouve, par exemple, les règles des art. 7.4.1 PU et 9:501 al. 1 PE<sup>1143</sup>) et, d'autre part, celles qui n'y ont pas de contrepartie. A l'intérieur de ce deuxième groupe, on peut ultérieurement discerner les dispositions qui, bien que nouvelles, prévoient des solutions auxquelles on arrive en application de la Convention également de celles qui sont matériellement innovatrices. Ces dernières étant peu nombreuses, on constate que les réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts **concordent amplement** non seulement entre elles, mais également avec celle de la Convention, **bien qu'elles soient globalement plus approfondies**<sup>1144</sup>. Dès lors, dans les paragraphes qui suivent (III.1.3.1. à III.1.3.3., N 709 ss), il sera plus simple et plus efficace de relever uniquement les différences substantielles par rapport à la réglementation de la Convention, plutôt que de souligner systématiquement les nombreuses similitudes.

708. On notera que le commentaire de l'art. 7.4.1 PU précise que la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de dommages-intérêts peut **s'appliquer par analogie aux manquements pendant la période précontractuelle**<sup>1145</sup>.

---

<sup>1139</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.1 PU.

<sup>1140</sup> Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 27 septembre 1996 (cause no 8261).

<sup>1141</sup> HARTKAMP, *European*, p. 355.

<sup>1142</sup> S'agissant des art. 74 à 77 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.2., p. 35, N 99 ss.

<sup>1143</sup> Concernant l'art. 7.4.1 PU, cf. HARTKAMP, *unidroit*, p. 97.

<sup>1144</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *unidroit*, p. 97.

<sup>1145</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.1 PU.

### 1.3.1. Les conditions

709. On présentera d'abord les conditions de la prétention en général (A.), avant d'en analyser plus particulièrement les conditions, soit l'inexécution (B.), le préjudice (C.) et le lien de causalité entre les deux (D.).

#### A. En général

710. Comme dans la réglementation de la Convention, les **conditions de la prétention en réparation du dommage** sont que le créancier n'ait pas obtenu de bonne exécution d'une de ses créances, qu'il ait subi un préjudice et que l'inexécution soit une cause pertinente de celui-ci<sup>1146</sup>.

#### B. L'inexécution

711. **Le créancier insatisfait doit prouver l'inexécution, c'est-à-dire qu'il n'a pas reçu ce qui lui était dû**<sup>1147</sup>.

712. **Le critère pour en juger est objectif et abstrait**, étant donné que seul compte le fait que le créancier n'a pas obtenu la prestation à laquelle le débiteur était tenu<sup>1148</sup>.

713. En conformité avec sa définition, l'inexécution recouvre **toute forme de manquement** à l'une des obligations du débiteur<sup>1149</sup>. Comme la prétention en dommages-intérêts ne présuppose pas de forme qualifiée d'inexécution, il est indifférent que la défaillance soit totale ou partielle, ou essentielle au sens de l'art. 7.3.1 par. 2 PU et de l'art. 8:103 PE. De même, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'inexécution d'une obligation principale et celle d'une obligation accessoire<sup>1150</sup>, ou selon que la prestation due par le débiteur est une action ou une omission (cf. l'art. 1:301 al. 1 PE).

714. La preuve de l'inexécution sera **plus ou moins facile à apporter selon le contenu de l'obligation**. En particulier, elle le sera vraisemblablement plus lorsqu'il est question d'un manquement à une obligation de résultat que s'il s'agit de prouver l'inexécution d'une obligation de moyens.<sup>1151</sup> En effet, dans

<sup>1146</sup> Concernant les conditions de la prétention en réparation du dommage prévue par la Convention en général, cf. le paragraphe I.1.2.1.A., p. 37, N 104 ss.

<sup>1147</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.1 PU.

<sup>1148</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution au sens large d'une obligation selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 108.

<sup>1149</sup> Concernant les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 9:501 PE. S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1150</sup> Pour ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.1 PU.

<sup>1151</sup> Pour ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, *ibidem*.



cette deuxième hypothèse, pour apporter la preuve qu'il n'a pas reçu ce qui lui était dû, le créancier doit établir qu'il n'a pas obtenu l'un au moins des résultats partiels indispensables à la réalisation du résultat final escompté (celui-ci demeurant extérieur au contrat), résultats que le débiteur promet, ne serait-ce qu'implicitement, en promettant d'effectuer un certain « effort de diligence »<sup>1152</sup>. Or, il peut être difficile de déterminer quels sont ces résultats partiels dus, parce que souvent ils ne sont pas énoncés par les parties de manière détaillée, ou même ne sont promis par le débiteur qu'implicitement.

715. En revanche, le **créancier ne doit pas prouver que l'inexécution est due à une faute du débiteur**<sup>1153</sup>.

716. Selon le commentaire de l'art. 9:501 PE, lorsque les parties n'ont pas spécifié quel est le degré de diligence avec lequel l'obligation de moyens les liant doit être exécutée, l'inexécution de celle-ci équivaut à la commission d'une faute<sup>1154</sup>. A notre avis, une telle affirmation est discutable. En effet, on juge de l'inexécution de toute obligation, y compris des obligations de moyens, selon un critère objectif et abstrait<sup>1155</sup>, alors que la détermination d'une faute implique nécessairement qu'on prenne en considération la situation concrète dans laquelle le débiteur (ou les personnes dont il répond) se trouvait. Il en résulte que le **critère selon lequel on juge d'une faute**, même lorsqu'il est objectif, **n'est pas abstrait, mais concret**. A vouloir choisir, l'idée d'une faute ou de l'absence de faute doit plutôt être rapprochée de l'art. 8:108 al. 1 PE (de même que de l'art. 7.1.7 par. 1 PU), dont au moins on évalue la réalisation des conditions selon un critère objectif et concret<sup>1156</sup>, qu'à la notion d'inexécution.

### C. *Le préjudice*

717. **Le créancier insatisfait doit prouver le préjudice**. En effet, malgré l'inexécution, il n'a droit à aucune réparation s'il n'a pas subi de préjudice<sup>1157</sup>.

718. Le préjudice peut être **pécuniaire** (art. 7.4.2 par. 1 phr. 2 PU et 9:502 phr. 2 PE), **ou non pecuniaire** et résulter notamment de la souffrance physique ou morale selon l'art. 7.4.2 par. 2 PU et l'art. 9:501 al. 2 let. a PE.

---

<sup>1152</sup> A propos de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens, cf. le paragraphe I.1.2.1.B., notamment N 109.

<sup>1153</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.1 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1154</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1155</sup> Sur le critère pour juger de l'inexécution d'une obligation, cf. *supra*, notamment N 712.

<sup>1156</sup> A propos du critère selon lequel on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 781.

<sup>1157</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:501 PE et Comment E *ad* art. 9:505 PE.

719. Les art. 7.4.2 par. 2 PU et 9:501 al. 2 let. a PE prévoient de la sorte une véritable **innovation par rapport à la réglementation de la Convention**<sup>1158</sup>, mais uniquement pour le cas où le lésé est une personne physique. En effet, il a été jugé qu'une personne morale ne peut pas demander la réparation d'un préjudice non pécuniaire<sup>1159</sup>.

720. Le préjudice peut être **passé ou futur**, c'est-à-dire non encore réalisé (art. 7.4.3 par. 1 PU et 9:501 al. 2 let. b PE)<sup>1160</sup>.

721. **La réalisation du préjudice**, que celui-ci soit pécuniaire ou non pécuniaire, passé ou futur, **doit être raisonnablement certaine** (art. 7.4.3 par. 1 PU), car il n'est pas possible d'imposer au débiteur la réparation d'un préjudice hypothétique ou éventuel<sup>1161</sup>. Sans que ceci n'implique de différences substantielles, on notera que les Principes européens ne mentionnent l'exigence de la certitude du préjudice que par rapport à l'hypothèse dans laquelle elle est le plus pertinente en pratique, soit s'agissant d'un préjudice futur, lequel est réparable uniquement si « la réalisation peut raisonnablement [en] être tenue pour vraisemblable »<sup>1162</sup> (art. 9:501 al. 2 let. b PE)<sup>1163</sup>. Si elle est raisonnablement certaine, même la perte d'une chance peut être réparée (art. 7.4.3 par. 2 PU)<sup>1164</sup>.

722. Sans contrepartie dans les Principes d'UNIDROIT<sup>1165</sup>, **l'art. 1:302 PE énonce ce qui doit être considéré comme « raisonnable »**, en se référant à la bonne foi au sens de l'art. 1:201 al. 1 PE. Il prévoit que « doit être tenu pour raisonnable [...] ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel » (art. 1:302 phr. 1 PE). Pour en décider, on aura égard à tous les éléments pertinents ; en particulier, à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce (notamment à la condition des parties), aux usages et pratiques des professions et branches d'activité concernées, qui généralement reflètent la conduite de parties raisonnables (art. 1:302 phr. 2 PE)<sup>1166</sup>.

<sup>1158</sup> Notamment HARTKAMP, *unidroit*, p. 97.

<sup>1159</sup> *Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano* (Italie), 1<sup>er</sup> décembre 1996 (cause n° A-1795/51).

<sup>1160</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.3 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1161</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.3 PU et Comment. 5 *ad* art. 7.4.2 PU.

<sup>1162</sup> En anglais, « is reasonably likely to occur ».

<sup>1163</sup> Dans le même sens BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*, p. 317.

<sup>1164</sup> A propos de l'ampleur de la réparation à la suite de la perte d'une chance, cf. le paragraphe III.1.3.2.A., notamment N 733.

<sup>1165</sup> Cf., par exemple, BONELL, « *Codice* », p. 369, et HARTKAMP, *European*, p. 345.

<sup>1166</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 1:302 PE.

D. *Le lien de causalité*

723. Le créancier insatisfait doit prouver l'existence **d'un lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice**<sup>1167</sup>.

724. Cette condition n'est **sûrement pas réalisée s'il existe un événement qui interrompt la chaîne causale**. Tel est le cas lorsqu'il survient un événement qui aurait produit le préjudice que subit le créancier même si l'obligation inexécutée avait été dûment exécutée. De manière ponctuelle, les Principes européens énoncent uniquement cette hypothèse dans laquelle la condition en question n'est pas réalisée<sup>1168</sup>.

725. En revanche, en adoptant une approche plus générale, les auteurs des Principes d'UNIDROIT ont exigé que le lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice soit « suffisant »<sup>1169</sup>. A raison, ils ont voulu faire en sorte que le lien de causalité justifiant un dédommagement soit d'une certaine qualité. En effet, sous l'angle purement naturel (physique), les liens de cause à effet sont infinis, alors que l'équité exige que le débiteur défaillant soit responsable seulement de certaines suites (raisonnables) de l'inexécution qui lui est imputable ; d'où l'exigence **d'un lien de causalité « suffisant »**.

726. Les auteurs des Principes d'UNIDROIT ont, par ailleurs, relevé que cette exigence appréhende une problématique qui est **proche de celle de la limitation de l'indemnité au préjudice prévisible** (art. 7.4.4 PU et art. 9:503 PE)<sup>1170</sup>.

### 1.3.2. L'indemnité due

727. Si le créancier prouve que les conditions mentionnées dans le paragraphe précédent (III.1.3.1., N 709 ss) sont remplies, le débiteur est tenu en principe **d'indemniser l'autre partie**.

A. *Tout le préjudice, rien que le préjudice (art. 7.4.2 par. 1 PU et art. 9:502 PE)*

728. **L'art. 7.4.2 par. 1 phr. 1 PU et l'art. 9:502 phr. 1 PE** sont les règles générales en matière de calcul de l'indemnité.

---

<sup>1167</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.2 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1168</sup> Cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 9:501 PE. Sur l'interruption de la chaîne causale entre l'inexécution et le dommage selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.1.A., notamment N 106.

<sup>1169</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.2 PU et Comment. 3 *ad* art. 7.4.3 PU.

<sup>1170</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.3 PU. Concernant la limitation de l'indemnité au préjudice prévisible selon les art. 7.4.4 PU et 9:503 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.B., p. 254, N 735 ss.

729. Ces dispositions posent le **principe de la réparation intégrale** du préjudice causé au créancier par l'inexécution<sup>1171</sup>. Ce principe implique, par exemple, qu'on tienne compte des variations du préjudice qui surviennent après la réalisation de celui-ci<sup>1172</sup>. En particulier, selon les circonstances du cas d'espèce, l'indemnité peut également inclure des intérêts sur le montant du préjudice à compter de la survenance de ce dernier et jusqu'au moment du dédommagement (art. 7.4.10 PU)<sup>1173</sup>. De même, à l'image de la solution retenue à l'art. 74 phr. 1 CVIM, elle correspond tant à la perte que le créancier a subie qu'au gain dont il a été privé du fait de l'inexécution (art. 7.4.2 par. 1 phr. 2 *in initio* PU et 9:502 phr. 2 PE)<sup>1174</sup>.

730. Selon le commentaire de l'art. 7:106 PE, il faut décider selon la loi applicable en vertu des règles du droit international privé si le débiteur répond de la mauvaise exécution par un tiers dont les actes lui sont imputables et qui a causé au créancier un préjudice plus important que celui qu'aurait causé le débiteur en agissant personnellement<sup>1175</sup>. Le commentaire ne mentionne pas les raisons de cette réserve, qui par ailleurs ne figure pas dans les Principes d'UNIDROIT. Pourtant, celle-ci concerne l'étendue de la réparation due par le débiteur défaillant, c'est-à-dire une question qui relève logiquement de la cinquième section du neuvième chapitre des Principes européens, et, de fait, restreint le principe de la réparation intégrale du préjudice causé au créancier par l'inexécution. A notre avis, la **légitimité de cette réserve** en faveur de la loi applicable en vertu des règles du droit international privé est **douteuse**. En effet, il est improbable qu'on puisse déroger à un article capital de la réglementation en matière de dommages-intérêts sans respecter l'égalité des formes, c'est-à-dire sans émettre la réserve également dans un article de l'instrument d'harmonisation ; d'autant plus que la réglementation des Principes européens en la matière est approfondie<sup>1176</sup> et, dès lors, ne présuppose pas qu'on se réfère à d'autres lois. A tout le moins, la restriction aurait dû être formulée dans le commentaire officiel d'un article de la cinquième section du neuvième chapitre.

731. La réparation doit certes être intégrale, mais il ne **faut pas que l'inexécution soit l'occasion pour le créancier de s'enrichir**<sup>1177</sup>.

<sup>1171</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.2 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:501 PE et Comment A et B *ad* art. 9:502 PE.

<sup>1172</sup> Concernant les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.4.2 PU.

<sup>1173</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.4.10 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:502 PE.

<sup>1174</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.2 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:502 PE. A propos de l'art. 74 phr. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.A., notamment N 113.

<sup>1175</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 7:106 PE.

<sup>1176</sup> Sur le caractère approfondi des réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 707.

<sup>1177</sup> UNIDROIT, Comment. 1 et Comment. 3 *ad* art. 7.4.2 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 9:502 PE.

732. Dès lors, on déduit de l'indemnité due tout gain résultant pour le créancier d'une perte ou d'une dépense évitée (art. 7.4.2 par. 1 phr. 2 *in fine* PU) ; **seul le préjudice net est réparé**. C'est le débiteur défaillant qui doit prouver l'existence du gain consécutif à l'inexécution<sup>1178</sup>.

733. Dans le même ordre d'idées, les Principes d'UNIDROIT prévoient que la **perte d'une chance** peut être réparée, mais la réparation ne se fait **que dans la mesure de la probabilité de la réalisation** de celle-là (art. 7.4.3 par. 2 PU)<sup>1179</sup>.

734. De manière similaire, lorsque la réalisation d'un préjudice est raisonnablement certaine<sup>1180</sup> mais que le montant de celui-ci ne peut pas être établi avec un degré suffisant de certitude, au lieu de refuser toute réparation ou de condamner à des dommages-intérêts symboliques, **le tribunal détermine en équité le montant du préjudice subi** (art. 7.4.3 par. 3 PU)<sup>1181</sup>.

*B. La limitation de l'indemnité au préjudice prévisible  
(art. 7.4.4 PU et 9:503 PE)*

735. Tant l'**art. 7.4.4 PU** que l'**art. 9:503 PE** limitent l'indemnité au préjudice prévisible et adoptent ainsi la solution qui a été aussi retenue à l'art. 74 phr. 2 CVIM<sup>1182</sup>. Ils prévoient que le débiteur est tenu **uniquement du préjudice qu'il a prévu ou aurait dû raisonnablement prévoir** au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence « vraisemblable » (« probable »)<sup>1183</sup> de l'inexécution.

736. **La prévisibilité doit porter sur la nature ou le type de préjudice** mais non sur l'étendue de celui-ci, à moins que cette dernière soit tellement importante qu'elle transforme le préjudice en un préjudice de type différent<sup>1184</sup>.

737. Le commentaire de l'art. 7.4.4 PU précise encore que « le critère de référence est la prévision raisonnable que l'homme normalement diligent peut faire sur les conséquences d'une éventuelle inexécution telles qu'elles résultent du cours ordinaire des choses et des circonstances particulières du contrat, par exemple les précisions fournies par les cocontractants ou encore leurs relations

---

<sup>1178</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad art.* 9:502 PE.

<sup>1179</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad art.* 7.4.3 PU. Pour ce qui est de la réparation du préjudice futur selon les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F *ad art.* 9:501 PE.

<sup>1180</sup> Sur l'exigence de la certitude du préjudice, cf. le paragraphe III.1.3.1.C., notamment N 721.

<sup>1181</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad art.* 7.4.3 PU.

<sup>1182</sup> UNIDROIT, Comment. *ad art.* 7.4.4 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A et Note 1 *ad art.* 9:503 PE. A propos de l'art. 74 phr. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.A., notamment N 114.

<sup>1183</sup> En anglais, « likely » dans les deux instruments d'harmonisation.

<sup>1184</sup> UNIDROIT, Comment. et Illustr. 2 *ad art.* 7.4.4 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 1 *ad art.* 9:503 PE.

antérieures»<sup>1185</sup>. On constate que la notion de «préjudice prévisible» est flexible et laisse une **large marge d'appréciation** au juge<sup>1186</sup>.

738. Cependant, l'**art. 9:503 in fine PE** prévoit une **exception** au principe de la limitation de l'indemnité au préjudice prévisible lorsque l'inexécution est intentionnelle ou est due à une faute lourde<sup>1187</sup>. Le débiteur ne peut alors pas invoquer le fait que le préjudice qu'il est appelé à réparer était imprévisible au moment de la conclusion du contrat<sup>1188</sup>. Autrement dit, tout préjudice doit être dédommagé tant que les conditions de l'action en réparation du dommage sont réalisées<sup>1189</sup>, en particulier tant qu'il existe un lien de causalité «suffisant» entre l'inexécution et le préjudice<sup>1190</sup>.

739. Contrairement aux Principes européens et à certaines conventions internationales, notamment dans le domaine des transports, les Principes d'UNIDROIT, suivant en cela la Convention, n'ont pas retenu la réparation même du préjudice imprévisible lorsque l'inexécution est due au dol ou à la faute lourde<sup>1191</sup>. **La solution des Principes européens est préférable** sous l'angle de l'équité<sup>1192</sup>.

### C. *Le calcul concret après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 7.4.5 PU et 9:506 PE)*

740. Tant l'**art. 7.4.5 PU** que l'**art. 9:506 PE** visent un cas particulier de calcul des dommages-intérêts. Ils traitent de l'hypothèse dans laquelle le créancier insatisfait a valablement renoncé à l'exécution de la prestation initialement due et a procédé à une opération de couverture (ce qui peut être notamment imposé par le devoir d'atténuer le préjudice<sup>1193</sup> ou autorisé par les usages) et **correspondent à l'art. 75 CVIM**<sup>1194</sup>.

<sup>1185</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.4.4 PU ; ainsi que UNIDROIT, Illustr. 1 *ad* art. 7.4.4 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 2 *ad* art. 9:503 PE.

<sup>1186</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.4.4 PU.

<sup>1187</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:503 PE.

<sup>1188</sup> Cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 3 *ad* art. 9:503 PE.

<sup>1189</sup> Concernant les conditions de la prétention en réparation du préjudice en général, cf. le paragraphe III.1.3.1.A., p. 248, N 710.

<sup>1190</sup> A propos du lien de causalité «suffisant» entre l'inexécution et le préjudice, cf. le paragraphe III.1.3.1.D., notamment N 725.

<sup>1191</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.4.4 PU ; ainsi que BONELL, «Codice», p. 366 s.

<sup>1192</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *European*, p. 355.

<sup>1193</sup> S'agissant du devoir de limiter le préjudice selon les art. 7.4.8 PU, 9:504 *in fine* et 9:505 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>1194</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.5 PU. Concernant l'art. 75 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.B., p. 40, N 115 ss.

741. L'indemnité résulte alors d'un **calcul concret** : le créancier a droit à la différence entre le prix convenu dans le contrat inexécuté et le montant payé ou obtenu lors de la transaction de couverture, à la condition que celle-ci ait été effectuée d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après qu'il a renoncé à l'exécution de la prestation initialement due<sup>1195</sup>.

742. En particulier, **l'opération de couverture doit être de type et de valeur similaires à celle originelle**<sup>1196</sup>.

743. Outre la différence de prix envisagée expressément par les art. 7.4.5 PU et 9:506 PE, le créancier peut obtenir **des dommages-intérêts pour tout autre préjudice** (par exemple, pour les frais de négociation que l'opération de remplacement a impliqués), en conformité avec les autres dispositions, respectivement, de la quatrième section du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et de la cinquième section du neuvième chapitre des Principes européens<sup>1197</sup>.

D. *Le calcul abstrait après la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 7.4.6 PU et 9:507 PE)*

744. **L'art. 7.4.6 PU et l'art. 9:507 PE** visent un autre cas particulier de calcul des dommages-intérêts. Ils traitent de l'hypothèse dans laquelle le créancier insatisfait a valablement renoncé à l'exécution de la prestation initialement due, mais n'a pas procédé à une opération de couverture et il existe un prix courant pour la prestation inexécutée ; ils **correspondent pour l'essentiel à l'art. 76 CVIM**<sup>1198</sup>.

745. L'indemnité est alors déterminée selon un **calcul abstrait** : elle correspond à la différence entre le prix convenu dans le contrat inexécuté et le prix courant au moment de la renonciation à l'exécution de la prestation initialement due<sup>1199</sup>. Sans que ceci n'implique de différences matérielles par rapport à la réglementation des Principes européens<sup>1200</sup>, seul l'art. 7.4.6 par. 2 PU établit quel est le lieu dont le prix courant est pertinent et ce qu'on entend par ces termes, le « prix courant » étant le prix raisonnablement pratiqué pour des prestations analogues dans des circonstances comparables<sup>1201</sup>. Quant à lui, le commentaire de l'art. 9:507 PE indique que le prix courant doit équitablement

---

<sup>1195</sup> UNIDROIT, *ibidem*, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:506 PE.

<sup>1196</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:506 PE.

<sup>1197</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.5 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:506 PE.

<sup>1198</sup> Concernant les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.6 PU. S'agissant de l'art. 76 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.C., p. 41, N 118 ss.

<sup>1199</sup> UNIDROIT, *ibidem*, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment *ad* art. 9:507 PE.

<sup>1200</sup> Dans le même sens BONELL/PELEGGI, *Synoptical Table*, p. 317.

<sup>1201</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.6 PU.

correspondre à la moins-value résultant des agissements du débiteur défaillant par rapport à une bonne exécution<sup>1202</sup>.

746. Les textes de l'art. 7.4.6 par. 1 PU et de l'art. 9:507 PE mêmes indiquent que le **calcul abstrait de l'indemnité est subsidiaire par rapport à celui concret** de l'art. 7.4.5 PU et de l'art. 9:506 PE<sup>1203</sup>, en disant que le créancier insatisfait peut se prévaloir du premier seulement s'il « ne procède pas à un contrat de remplacement »<sup>1204</sup> (« sans passer de contrat de remplacement »<sup>1205</sup>).

747. Comme lorsque les art. 7.4.5 PU et 9:506 PE s'appliquent<sup>1206</sup>, le créancier peut obtenir, outre la différence de prix envisagée expressément par les art. 7.4.6 par. 1 PU et 9:507 PE, **des dommages-intérêts pour tout autre préjudice**, en conformité avec les autres dispositions, respectivement, de la quatrième section du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et de la cinquième section du neuvième chapitre des Principes européens<sup>1207</sup>.

748. La différence de prix est calculée au **moment** de la renonciation à l'exécution de la prestation due (art. 7.4.6 par. 1 PU et art. 9:507 PE). Le même moment a été retenu, en principe, à l'art. 76 al. 1 CVIM<sup>1208</sup>. Par contre, ni l'art. 7.4.6 PU ni l'art. 9:507 PE ne prévoient de règle spéciale telle que celle de l'art. 76 al. 1 phr. 2 CVIM, selon laquelle c'est le moment de la prise de possession qui est pertinent lorsque le créancier insatisfait renonce à l'exécution par le débiteur après avoir pris possession des marchandises.

E. *Le devoir de limiter le préjudice*  
(art. 7.4.8 PU, art. 9:504 *in fine* et 9:505 PE)

749. **L'art. 7.4.8 al. 1 PU** et les **art. 9:504 *in fine* et 9:505 al. 1 PE** visent tous à sanctionner le comportement du créancier lorsque le préjudice que celui-ci subit du fait de l'inexécution d'une des obligations du débiteur s'accroît alors que des mesures raisonnables de sa part (ou de la part d'une tierce personne dont il répond) auraient permis de le limiter ou de l'éviter complètement<sup>1209</sup>. Les trois dispositions prévoient, en substance, **qu'il incombe au créancier** de prendre

<sup>1202</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment *ad* art. 9:507 PE.

<sup>1203</sup> S'agissant des art. 7.4.5 PU et 9:506 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.C., p. 256, N 740 ss.

<sup>1204</sup> En anglais, « has not made a replacement transaction ».

<sup>1205</sup> En anglais, « has not made a substitute transaction ».

<sup>1206</sup> Sur la possibilité pour le créancier de demander la réparation d'autres préjudices outre celui appréhendé par les art. 7.4.5 PU et 9:506 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.C., notamment N 743.

<sup>1207</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.6 PU.

<sup>1208</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Note 2 *ad* art. 9:507 PE. Sur le moment déterminant pour calculer la différence de prix selon l'art. 76 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.C., notamment N 122.

<sup>1209</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.8 PU. Sur les liens entre la deuxième situation appréhendée par l'art. 9:504 PE et celle réglée par l'art. 9:505 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.2., notamment N 673.



les mesures raisonnables eu égard aux circonstances pour limiter ou éviter le préjudice résultant de l'inexécution. Elles correspondent donc à l'art. 77 CVIM<sup>1210</sup>.

750. En général, on n'attend pas de la part du créancier qu'il prenne des mesures coûteuses en temps ou en argent, mais uniquement qu'il **accomplisse les actes qui sont raisonnables et qu'il s'abstienne de ceux déraisonnables**<sup>1211</sup>.

Le créancier est soumis à cette incombance (l'art. 7.4.8 al. 1 PU et les art. 9:504 *in fine* et 9:505 al. 1 PE prévoient, en effet, des désavantages pour le créancier sans établir de nouveaux droits pour l'autre partie)<sup>1212</sup> même en cas d'inexécution anticipée, c'est-à-dire d'inexécution survenant avant la date à laquelle l'obligation doit être exécutée (cf. art. 7.3.3 PU et art. 9:304 PE)<sup>1213</sup>.

751. **Si le créancier n'obtempère pas**, on lui refuse toute compensation pour les conséquences dommageables qu'il aurait dû éviter. Autrement dit, l'indemnité est réduite dans la mesure où le préjudice est imputable au créancier.

752. En vertu de l'**art. 7.4.8 par. 2 PU** et de l'**art. 9:505 al. 2 PE**, le créancier peut demander au débiteur défaillant le **remboursement des dépenses** qu'il a encourues pour atténuer le préjudice, à condition que ces dépenses soient raisonnables eu égard aux circonstances<sup>1214</sup>. On juge du caractère raisonnable des mesures prises (ou à prendre) au moment où elles le sont. Ainsi, le créancier a droit au remboursement des dépenses qui paraissaient raisonnables au moment où elles ont été adoptées, mêmes si, par la suite, elles se sont révélées être inopportunes ou inutiles<sup>1215</sup>. Le droit au remboursement des dépenses est implicite dans la réglementation de la Convention (art. 77 CVIM)<sup>1216</sup>.

## F. *Les autres Principes*

753. L'**art. 7.4.12 PU** et l'**art. 9:510 PE** traitent de la question de savoir en quelle monnaie le préjudice doit être évalué (problème à distinguer de celui de la devise dans laquelle les dommages-intérêts peuvent être payés, lequel relève, respectivement, de l'art. 6.1.9 PU et de l'art. 7:108 PE)<sup>1217</sup>. En raison de la

---

<sup>1210</sup> Concernant l'art. 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., p. 42, N 123 ss.

<sup>1211</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.8 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:505 PE, p. 446. Sur ce qui doit être considéré comme « raisonnable », cf. également le paragraphe III.1.3.1.C., notamment N 722.

<sup>1212</sup> Cf. PICHONNAZ, *devoir*, p. 117 et 120.

<sup>1213</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:505 PE, p. 446.

<sup>1214</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.8 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 9:505 PE.

<sup>1215</sup> Concernant les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 9:505 PE.

<sup>1216</sup> Notamment COMMISSION/LANDO/BEALE, Note 2 *ad* art. 9:504 et 9:505 PE.

<sup>1217</sup> UNIDROIT, Comment. *ad* art. 7.4.12 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A.2 *ad* art. 9:510 PE.

variété des situations possibles, ils posent simplement le principe que les dommages-intérêts sont calculés **dans la monnaie la plus appropriée** pour exprimer le préjudice du créancier. Il s'agit souvent de la devise dans laquelle les obligations pécuniaires des parties sont énoncées dans le contrat ; mais il peut s'agir également et surtout de la monnaie dans laquelle le préjudice a été effectivement subi (par exemple, lorsque le créancier procède à une opération de couverture). Le texte de l'art. 7.4.12 PU limite même le choix entre ces seules monnaies et, en pratique, il est peu concevable que d'autres devises soient plus appropriées que celles-ci. Il est possible qu'il soit opportun d'évaluer le préjudice dans plusieurs monnaies.<sup>1218</sup> Selon le commentaire de l'art. 7.4.12 PU, le choix de la monnaie appartient au créancier, sous réserve du principe de la réparation intégrale (sans enrichissement, ni appauvrissement ; art. 7.4.2 par. 1 PU et 9:502 PE)<sup>1219</sup>.

754. Sans contrepartie dans les Principes européens<sup>1220</sup>, l'**art. 7.4.11 PU** traite des **modalités de la réparation en argent**.

755. Enfin, également dans la quatrième section du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT et dans la cinquième du neuvième des Principes européens, l'**art. 7.4.9 PU** et l'**art. 9:508 PE** prévoient des **intérêts en cas de retard** dans le paiement d'une somme d'argent. Or, les intérêts relèvent d'un régime propre, autre que celui des dommages-intérêts (en particulier, ils sont dus même en cas de force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE)<sup>1221</sup>. Ce régime particulier ne sera pas approfondi, de même qu'on n'a pas traité de l'art. 78 CVIM lors de l'analyse de la réglementation de la Convention<sup>1222</sup>.

### 1.3.3. Les aménagements contractuels

756. Bien que tant les Principes d'UNIDROIT que les Principes européens prévoient plus de règles « impératives » que la Convention, les parties au contrat peuvent amplement déroger (expressément ou implicitement) aux règles de droit des Principes, conformément au principe de la liberté contractuelle. En particulier, elles peuvent, **en principe, stipuler des clauses contractuelles** aménageant la responsabilité qui découle de l'inexécution d'une

<sup>1218</sup> UNIDROIT, *ibidem*, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 9:510 PE.

<sup>1219</sup> UNIDROIT, *ibidem*. S'agissant du principe de la réparation intégrale du préjudice net selon les art. 7.4.2 par. 1 PU et 9:502 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.A., p. 253, N 728 ss.

<sup>1220</sup> Notamment HARTKAMP, *European*, p. 355 n. 40.

<sup>1221</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.9 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:508 PE. Sur les limites de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 627.

<sup>1222</sup> Concernant la réglementation de la Convention, cf. la première partie, p. 17, N 55 ss.

obligation<sup>1223</sup> : par exemple, elles peuvent limiter ou exclure la responsabilité du débiteur, voire à l'opposé limiter ou exclure la preuve libératoire, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al.1 PE, ou encore prévoir des indemnités forfaitaires ou des clauses pénales.

#### A. *Les innovations des Principes en général*

757. Les **Principes traitent spécifiquement de deux types d'aménagements contractuels** en matière de responsabilité résultant de l'inexécution. Il s'agit, d'une part, des clauses exonératoires, c'est-à-dire de toute clause contractuelle excluant ou limitant les moyens accordés par les deux instruments d'harmonisation en cas d'inexécution (art. 7.1.6 PU et 8:109 PE)<sup>1224</sup>, et, d'autre part, des clauses pénales au sens large, soit de toute clause réglant par le paiement d'une somme d'argent les conséquences pécuniaires de l'inexécution (art. 7.4.13 PU et 9:509 PE)<sup>1225</sup>.

758. Tant les art. 7.1.6 et 7.4.13 PU que les art. 8:109 et 9:509 PE prévoient **des véritables innovations par rapport à la réglementation de la Convention**, qui ne régit notamment pas la validité des clauses contractuelles conclues par les parties en matière de responsabilité, en conformité avec l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM<sup>1226</sup>.

#### B. *Les clauses exonératoires (art. 7.1.6 PU et 8:109 PE)*

759. Les clauses exonératoires sont **en principe valables**. Tant l'art. 7.1.6 PU que l'art. 8:109 PE l'admettent<sup>1227</sup>.

760. Mais ils prévoient qu'une partie ne peut, **exceptionnellement, pas se prévaloir d'une telle clause** s'il apparaît fortement injuste qu'elle le fasse.

761. Les deux dispositions diffèrent quant à la formule par laquelle sont exprimé les conditions auxquelles une clause exonératoire n'opère pas. Selon l'une, il faut qu'il soit « manifestement inéquitable »<sup>1228</sup> d'invoquer celle-ci (art. 7.1.6 PU) ; selon l'autre, qu'il soit « contraire aux exigences de la bonne

---

<sup>1223</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent, en principe, déroger aux réglementations des Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 629. S'agissant des aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3., p. 45, N 131 ss.

<sup>1224</sup> Pour ce qui concerne l'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., p. 262, N 759 ss.

<sup>1225</sup> Concernant l'art. 7.4.13 PU et l'art. 9:509 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.C., p. 264, N 766 ss.

<sup>1226</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf., par exemple, BONELL, « *Codice* », p. 330 s., et HARTKAMP, *unidroit*, p. 97. S'agissant de la validité des aménagements contractuels en matière de responsabilité résultant de l'inexécution selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.2.3.A., p. 46, N 132.

<sup>1227</sup> UNIDROIT, Comment. 5 *ad* art. 7.1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:109 PE.

<sup>1228</sup> En anglais, « grossly unfair ».

foi» (art. 8:109 PE)<sup>1229</sup>. Cette deuxième disposition se réfère, de la sorte, à l'art. 1:201 al. 1 PE. Or, de manière certes plus implicite<sup>1230</sup> mais aux conséquences similaires, la première également renvoie à l'obligation pour les parties de **se conformer aux exigences de la bonne foi**, comme le précise le commentaire de l'art. 1.7 PU, selon lequel l'art. 7.1.6 PU constitue une application du principe de la bonne foi<sup>1231</sup>. Dès lors, étant donné que tant l'une que l'autre disposition concrétisent ce principe, les différences rédactionnelles en question n'impliquent vraisemblablement pas de divergences de contenu.

762. Elles sont d'autant moins importantes que les deux articles attribuent au juge, voire à l'arbitre, un **large « pouvoir modérateur » fondé sur l'équité**<sup>1232</sup>. Le commentaire de l'art. 7.1.6 PU et celui de l'art. 8:109 PE donnent peu d'indications sur la manière selon laquelle le juge doit faire usage de son « pouvoir modérateur » en pratique<sup>1233</sup>. Le premier indique uniquement que, pour décider de l'invalidité des clauses exonératoires, il faut tenir compte des circonstances, notamment du but du contrat et de ce qu'une partie pouvait légitimement espérer de l'exécution de ce dernier<sup>1234</sup> ; le deuxième qu'une inobservance intentionnelle des termes du contrat peut justifier à elle seule l'invalidité de la clause<sup>1235</sup>.

763. L'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE ont été formulés de manière très générale, afin de régler toute exclusion ou limitation des moyens prévus, respectivement, par le septième chapitre (sections 2 à 4) des Principes d'UNIDROIT ou par le neuvième des Principes européens : autrement dit, ils appréhendent **toute clause contractuelle qui empêche, de fait, le créancier insatisfait** de se prévaloir des droits accordés en cas d'inexécution par les deux instruments d'harmonisation<sup>1236</sup>. En particulier, le texte même de l'art. 7.1.6 PU explicite, à bon escient<sup>1237</sup>, que sont également concerné les clauses contractuelles qui permettent au débiteur « de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre » le créancier. Il en va de même des indemnités forfaitaires et clauses pénales au sens de l'art. 7.4.13 par. 1 PU

<sup>1229</sup> En anglais, « contrary to good faith and fair dealing ».

<sup>1230</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *European*, p. 355 s.

<sup>1231</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 1.7 PU. Sur la limitation de la liberté contractuelle des parties par les art. 1.7 par. 1 PU et 1:201 al. 1 PE, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 631.

<sup>1232</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.1.6 PU.

<sup>1233</sup> Dans le même sens, en ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, PATOCCHI/FAVRE-BULLE, *principes UNIDROIT*, p. 594.

<sup>1234</sup> UNIDROIT, Comment. 5 et Illustr. 3 *ad* art. 7.1.6 PU.

<sup>1235</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 8:109 PE ; ainsi que UNIDROIT, Illustr. 3 *ad* art. 7.1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 1 *ad* art. 8:109 PE.

<sup>1236</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:109 PE, p. 385.

<sup>1237</sup> Dans le même sens HARTKAMP, *European*, p. 356.

ou de l'art. 9:509 al. 1 PE, puisque celles-ci peuvent aussi avoir pour effet de limiter la responsabilité du débiteur<sup>1238</sup>.

**Exemple 1 :** Un hôtelier accepte de répondre des voitures laissées dans son garage, mais exclut contractuellement toute action en dommages-intérêts de la part de ses clients si une voiture est volée. Tant l'art. 7.1.6 PU que l'art. 8:109 PE sont alors susceptibles de s'appliquer parce que la clause a pour effet de priver le créancier d'un moyen prévu tant par le septième chapitre (sections 2 à 4) des Principes d'UNIDROIT que par le neuvième des Principes européens.

764. En revanche, bien qu'en pratique la distinction soit parfois difficile, sont traitées **différemment les clauses contractuelles qui ne font que définir les obligations** (primaires) auxquelles s'engagent les parties : les deux dispositions en question n'appréhendent pas cette hypothèse<sup>1239</sup>. En effet, on ne peut pas parler alors d'inexécution ou de « créancier insatisfait », si ce dernier n'obtient pas plus que ce qui est convenu contractuellement.

**Exemple 2 :** Un hôtelier accepte de répondre des voitures laissées dans son garage, mais pas des objet qui se trouvent à leur intérieur. Cette clause contractuelle n'est pas une clause exonératoire au sens, respectivement, de l'art. 7.1.6 PU ou de l'art. 8:109 PE, mais définit simplement l'ampleur de l'obligation de l'hôtelier<sup>1240</sup>.

765. Selon les auteurs des Principes, l'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE prévoient des **règles impératives** : les parties ne peuvent pas exclure ou limiter le contrôle de validité des clauses exonératoires qu'ils imposent. En effet, une telle exclusion ou limitation serait contraire à l'obligation (impérative ; art. 1.7 par. 2 PU et 1:201 al. 2 PE) de se conformer aux exigences de la bonne foi dans l'exercice des droits et l'exécution des obligations (art. 1.7 par. 1 PU et 1:201 al. 1 PE).<sup>1241</sup>

### C. *Les indemnités forfaitaires et les clauses pénales* (art. 7.4.13 PU et 9:509 PE)

766. L'art. 7.4.13 par. 1 PU et l'art. 9:509 al. 1 PE reconnaissent la **validité de principe des indemnités forfaitaires et des clauses pénales**<sup>1242</sup>. Ils prévoient que, si les parties concluent une clause de ce type, la somme convenue sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi par ce dernier. On notera que les parties dérogent alors à la règle selon laquelle le

---

<sup>1238</sup> UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.1.6 PU et Comment 3 *ad* art. 7.4.13 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:109 PE. Concernant les art. 7.4.13 PU et 9:509 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.C., p. 264, N 766 ss.

<sup>1239</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.6 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:109 PE.

<sup>1240</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Illustr. 2 *ad* art. 7.1.6 PU.

<sup>1241</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 1.5 PU et Comment. 1 *ad* art. 1.7 PU ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:109 PE, p. 388.

<sup>1242</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.13 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:509 PE.

créancier n'a droit à la réparation que dans la mesure où il subit un préjudice, ce dont il supporte autrement le fardeau de la preuve<sup>1243</sup>.

767. Les deux dispositions donnent une définition volontairement large des clauses visées<sup>1244</sup> : elles s'appliquent à **toute clause contractuelle selon laquelle**, si la prestation due n'est pas exécutée, le débiteur doit payer au créancier une certaine somme d'argent convenue d'avance<sup>1245</sup>. Ainsi, elles s'appliquent à la clause qui fixe le taux des intérêts dus en cas de retard dans le paiement d'une dette d'argent à un taux supérieur que celui de l'art. 7.4.9 par. 2 PU ou, respectivement, de l'art. 9:508 al. 1 PE<sup>1246</sup>. De même, elles visent la clause selon laquelle le créancier peut garder les montants déjà versés en tant qu'acomptes du prix, si le débiteur ne complète pas le paiement dû<sup>1247</sup>.

768. En revanche, elles **n'appréhendent pas les clauses de dédit et autres clauses, analogues**, qui permettent à une partie de se dégager légitimement d'un contrat en versant une certaine somme d'argent ou en perdant des arrhes déjà payées ; en effet, ces clauses contractuelles ne règlent pas des hypothèses d'inexécution<sup>1248</sup>.

769. Cependant, afin d'empêcher les abus auxquels une indemnité forfaitaire ou une clause pénale peuvent conduire (puisqu'elles font exception à la règle selon laquelle le créancier n'a droit à une réparation que dans la mesure où il subit un préjudice)<sup>1249</sup>, **l'art. 7.4.13 par. 2 PU et l'art. 9:509 al. 2 PE** prévoient, exceptionnellement, **que la somme convenue soit réduite** si son montant est « manifestement excessif »<sup>1250</sup> par rapport au préjudice effectivement subi et aux autres circonstances<sup>1251</sup>. Ces deux dispositions ont pour but de corriger uniquement les indemnités forfaitaires ou clauses pénales qui se révèlent abusives dans leurs effets concrets<sup>1252</sup>. Ainsi, il faut comparer la somme prévue avec le préjudice effectivement subi (et non, par exemple, avec celui prévisible au moment de la conclusion du contrat), par rapport auquel, et compte tenu

<sup>1243</sup> Dans le même sens EBERHARD, p. 161. S'agissant du préjudice en tant que condition de la prétention en dommages-intérêts, cf. le paragraphe III.1.3.1.C., p. 250, N 717 ss.

<sup>1244</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.13 PU ; dans le même sens, en ce qui concerne les Principes européens, HARTKAMP, *European*, p. 356.

<sup>1245</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.13 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:509 PE.

<sup>1246</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.4.9 PU.

<sup>1247</sup> UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.4.13 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 2 *ad* art. 9:509 PE.

<sup>1248</sup> UNIDROIT, *ibidem*, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 9:509 PE.

<sup>1249</sup> A propos des indemnités forfaitaires ou clauses pénales comme dérogation à l'exigence d'un préjudice en tant que condition de la prétention en dommages-intérêts, cf. *supra*, notamment N 766.

<sup>1250</sup> En anglais, « grossly excessive ».

<sup>1251</sup> UNIDROIT, Comment. 3 *ad* art. 7.4.13 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B et C *ad* art. 9:509 PE.

<sup>1252</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:509 PE.

des autres circonstances, celle-là doit clairement apparaître comme excessive. De même, le montant convenu peut certes être réduit, mais il ne peut pas l'être jusqu'à correspondre au préjudice même, parce qu'on méconnaîtrait alors la volonté des parties (valable dans son principe), d'après laquelle le débiteur défaillant doit payer au créancier une certaine somme d'argent indépendamment du préjudice effectif.

770. Les textes mêmes de l'art. 7.4.13 par. 2 PU et de l'art. 9:509 al. 2 PE indiquent que ces deux dispositions prévoient des **règles impératives** : les parties ne peuvent pas exclure ou limiter le contrôle de validité des indemnités forfaitaires ou des clauses pénales que ces règles de droit prescrivent.

771. Outre que le principe et le montant de la clause pénale au sens large, **les parties précisent souvent les conditions** auxquelles l'indemnité forfaitaire ou la clause pénale doivent être payées, **voire les effets** que celles-ci produisent. Ainsi, elles dérogent souvent aux règles en matière de responsabilité résultant de l'inexécution d'une obligation prévues par les Principes et concluent que le débiteur devra verser la somme d'argent convenue même si l'inexécution est due à la force majeure au sens, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1253</sup>, ou qu'il devra payer la somme en entier même si la défaillance dans l'exécution n'est que partielle<sup>1254</sup>. De même, elles conviennent parfois du rapport entre l'indemnité forfaitaire ou la clause pénale et le régime de responsabilité prévu par les Principes. En pratique, elles peuvent décider, d'une part, que l'aménagement contractuel est de nature exhaustive et écarte le régime prévu par les Principes, dans le sens que le créancier insatisfait ne peut invoquer que la clause contractuelle ; d'autre part, que le premier n'écarte pas le deuxième, dans le sens que le créancier peut choisir s'il veut se prévaloir de la clause contractuelle, du régime légal ou des deux, la somme convenue étant alors une sorte d'indemnité minimale<sup>1255</sup>.

772. On a vu que tous ces accords sont notamment **soumis au contrôle prévu par l'art. 7.1.6 PU et par l'art. 8:109 PE** : il est possible, en effet, qu'ils limitent indûment la responsabilité du débiteur<sup>1256</sup>.

773. Si les parties au contrat n'ont pas (valablement) réglé, par leurs aménagements contractuels, la question du rapport entre l'indemnité forfaitaire ou la clause pénale qu'elles ont convenue et le régime de responsabilité prévu par les

---

<sup>1253</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 381, et UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.13 PU. S'agissant de l'exonération en vertu des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le sous-chapitre III.1.4., p. 269, N 776 ss.

<sup>1254</sup> Concernant les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.13 PU.

<sup>1255</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 9:509 PE.

<sup>1256</sup> Sur le contrôle des indemnités forfaitaires ou clauses pénales selon les art. 7.1.6 PU et 8:109 PE, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., notamment, N 763.

Principes, alors cette question est régie par les Principes eux-mêmes<sup>1257</sup>. Toutefois, aucune des dispositions du septième chapitre des Principes d'UNIDROIT ou du huitième et du neuvième des Principes européens n'y répond. Dès lors, à défaut de principes généraux dont les Principes s'inspirent, il faut **se référer au droit**, le plus souvent national, **que désignent les règles du droit international privé** (art. 1:106 al. 2 PE)<sup>1258</sup>. La question est également tranchée selon ce droit dans la Convention<sup>1259</sup>.

*D. Un troisième type d'aménagement contractuel non réglé spécifiquement*

774. Ni les Principes d'UNIDROIT ni les Principes européens ne traitent spécifiquement d'un troisième type d'aménagement contractuel en matière de responsabilité résultant de l'inexécution. Il s'agit des **clauses contractuelles qui étendent la responsabilité du débiteur**, notamment de celles qui limitent ou excluent la preuve libératoire, respectivement, de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE, ces articles ne revêtant pas de caractère impératif<sup>1260</sup>. En particulier, aucune disposition des Principes ne règle spécifiquement la validité de ces clauses.

775. Néanmoins, il est possible qu'elles **n'opèrent exceptionnellement pas** en vertu notamment du principe général de la bonne foi, selon lequel les parties au contrat ont une obligation (impérative; art. 1.7 par. 2 PU et 1:201 al. 2 PE) de se conformer aux exigences de la bonne foi dans l'exercice de leurs droits et dans l'exécution de leurs obligations (art. 1.7 par. 1 PU et 1:201 al. 1 PE)<sup>1261</sup>.

Les Principes contiennent également d'autres dispositions qui, comme l'art. 1.7 par. 1 PU et l'art. 1:201 al. 1 PE dont elles sont souvent l'expression<sup>1262</sup>, permettent d'écarter des clauses contractuelles aménageant la responsabilité qui découle de l'inexécution d'une obligation, bien qu'elles ne soient pas uniquement applicables à ces aménagements contractuels. Il s'agit notamment, d'une part, de l'art. 3.10 PU (« Avantage excessif ») et de l'art. 2.1.20 PU (« Clauses inhabituelles »); d'autre part, de l'art. 4:109 PE (« Profit excessif ou avantage déloyal ») et de l'art. 4:110 PE (« Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle »). Les réglementations de ces deux paires d'articles,

<sup>1257</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 1.6 PU.

<sup>1258</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, *ibidem*.

<sup>1259</sup> A propos du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et la prétention en dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.3.B., notamment N 137.

<sup>1260</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1261</sup> Sur la limitation de la liberté contractuelle des parties par les art. 1.7 par. 1 PU et 1:201 al. 1 PE, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 631.

<sup>1262</sup> S'agissant des Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 1.7 PU.



notamment celles concernant les clauses insolites, diffèrent. Cela est principalement dû au fait que les Principes ont des champs d'application respectifs différents : en particulier, contrairement aux Principes d'UNIDROIT, les Principes européens s'appliquent également aux contrats de consommation ; par conséquent, leurs auteurs ont adopté des solutions qui tiennent compte de la situation de faiblesse du consommateur face à son cocontractant<sup>1263</sup>.

#### 1.4. L'exonération due à la force majeure (art. 7.1.7 PU, art. 8:101 al. 2 et 8:108 PE)

776. Parmi les exonérations de la responsabilité du débiteur que les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens prévoient<sup>1264</sup>, une est typiquement associée à la prétention en dommages-intérêts. Il s'agit du cas dans lequel l'inexécution (au sens large)<sup>1265</sup> d'une des obligations du débiteur est due à la force majeure. Ainsi, cette hypothèse est la seule à être mentionnée à l'art. 9:501 al. 1 PE<sup>1266</sup>. Elle est appréhendée, respectivement, par l'art. 7.1.7 PU et les art. 8:101 al. 2 et 8:108 PE.

777. Les auteurs des Principes d'UNIDROIT ont choisi l'expression « **force majeure** » parce que « largement connue dans la pratique commerciale internationale, comme le confirme l'introduction de ce qu'on appelle les clauses de force majeure dans de nombreux contrats internationaux. »<sup>1267</sup> Il s'agit d'une raison suffisante pour employer la même locution dans cette étude.

778. Si les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont réalisées, le débiteur est notamment exonéré de l'obligation de réparer le préjudice (art. 7.4.1 à 7.4.13 PU et art. 9:501 à 9:510 PE)<sup>1268</sup>. Les deux dispositions **correspondent<sup>1269</sup> et sont calquées sur l'art. 79 al. 1 CVIM**, qui est repris presque mot par mot et de la sorte généralisé<sup>1270</sup>.

---

<sup>1263</sup> Notamment BONELL, « *Codice* », p. 373 s.

<sup>1264</sup> Sur les limites de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 627.

<sup>1265</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1266</sup> Pour ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.7 PU.

<sup>1267</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 7.1.7 PU, p. 176.

<sup>1268</sup> Concernant les effets de l'exonération en vertu des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le paragraphe III.1.4.4., p. 297, N 857 ss.

<sup>1269</sup> Cf., par exemple, HARTKAMP, *European*, p. 352, et BERGER, p. 201.

<sup>1270</sup> Cf., par exemple, WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 562, et HARTKAMP, *unidroit*, p. 95 ; ainsi que COMMISSION/LANDO/BEALE, Note 1, p. 383, et Comment C, p. 379, *ad* art. 8:108 PE. S'agissant de l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss.

779. Dans leur version en anglais, l'art. 7.1.7 par. 1 PU, l'art. 8:108 al. 1 PE et l'art. 79 al. 1 CVIM énoncent les conditions de l'exonération de la responsabilité en employant les mêmes termes. En revanche, dans leur version en français, ils diffèrent quant à la formulation de la première des trois conditions de l'exonération<sup>1271</sup>. En effet, l'art. 7.1.7 par. 1 PU exige « un empêchement qui échappe [au] contrôle [du débiteur] », l'art. 8:108 al. 1 PE « un empêchement qui [...] échappe [au débiteur] » et l'art. 79 al. 1 CVIM « un empêchement indépendant de [la] volonté [du débiteur] ». Néanmoins, étant donné que la formulation en anglais est constante (« an impediment beyond [its/his] control »), on doit admettre que **ces variations terminologiques n'affectent pas le contenu** et qu'elles n'infirmant pas le constat selon lequel les deux dispositions des Principes reprennent celle de la Convention<sup>1272</sup>. Les différences rédactionnelles résultent vraisemblablement d'une traduction littérale de la version anglaise de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE (l'anglais s'étant progressivement imposé comme langue de travail pendant l'élaboration des Principes<sup>1273</sup>), aux dépens de la version en français de l'art. 79 al. 1 CVIM.

780. Comme l'art. 79 al. 1 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE constituent, d'un point de vue logique, une exception au principe selon lequel le créancier a droit à la réparation du préjudice qui résulte de l'inexécution d'une des obligations du débiteur (art. 7.4.1 PU et art. 9:501 al. 1 PE)<sup>1274</sup>. Comme pour toute autre exception, **il faut interpréter strictement les conditions de l'exonération** selon, respectivement, l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE.

781. Comme dans la réglementation de la Convention, la réalisation des conditions de l'exonération doit être évaluée selon un **critère objectif**<sup>1275</sup>. Les textes mêmes de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE l'indiquent en prévoyant, par exemple, qu'il faut rechercher ce qu'on « ne pouvait raisonnablement attendre »<sup>1276</sup> du débiteur pour décider de la non-prévisibilité et de l'insurmontabilité de l'empêchement. En effet, cette référence au comporte-

<sup>1271</sup> Concernant les conditions de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., p. 281, N 819 ss. S'agissant des conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3., p. 56, N 164 ss.

<sup>1272</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 184.

<sup>1273</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. DutchComm-HONDIUS, N 7, p. 17.

<sup>1274</sup> A propos du droit général à des dommages-intérêts selon les art. 7.4.1 PU et 9:501 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 706. Sur l'approche stricte selon laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 139.

<sup>1275</sup> A propos du critère selon lequel on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 140.

<sup>1276</sup> En anglais, « could not reasonably be expected » à l'art. 7.1.7 par. 1 PU et « could not reasonably have been expected » à l'art. 8:108 al. 1 PE.

ment du « reasonable man » est caractéristique d'un critère d'évaluation objectif<sup>1277</sup>. Ce critère objectif doit également être **concret**, dans le sens qu'il faut considérer la situation concrète dans laquelle le débiteur se trouve ou se trouvait<sup>1278</sup>. Ainsi, les lettres de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE énoncent qu'il faut décider de la non-prévisibilité « au moment de la conclusion du contrat »<sup>1279</sup> et qu'il faut regarder si le débiteur aurait dû prévenir ou surmonter « les conséquences » (concrètes) de l'empêchement<sup>1280</sup>.

782. **En résumé**, il faut se référer à ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un débiteur raisonnable et diligent dans la même situation<sup>1281</sup>. Etant donné que dans le cadre des Principes d'UNIDROIT ce dernier est toujours un commerçant ou un professionnel (Préambule al. 1 PU)<sup>1282</sup>, le critère peut être ultérieurement précisé s'agissant de la réalisation des conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU: on doit alors regarder ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un commerçant ou d'un professionnel raisonnable et diligent dans la même situation.

783. Dans l'hypothèse où les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont réalisées, **l'art. 7.1.7 par. 2 et 4 PU** et, respectivement, les **art. 8:101 al. 2 et 8:108 al. 2 PE** précisent quel est l'**effet libératoire**.

784. **L'art. 7.1.7 par. 3 PU** et **l'art. 8:108 al. 3 PE** prévoient une **obligation supplémentaire** pour le débiteur: ce dernier doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter.

### 1.4.1. La raison d'être de l'exonération

785. Le créancier a certes un droit général à la réparation du dommage qui résulte d'une inexécution (art. 7.4.1 PU et art. 9:501 al. 1 PE)<sup>1283</sup>, mais **il serait excessif que ce droit soit illimité**<sup>1284</sup>. Ainsi, les réglementations des systèmes juridiques qui ont inspiré les auteurs des Principes prévoient, en général, que le débiteur défaillant est, exceptionnellement, exonéré de l'obligation de répa-

---

<sup>1277</sup> Cf. PICHONNAZ, *exonération*, p. 191; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2989; GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2787. Sur ce qui doit être considéré comme « raisonnable », cf. également le paragraphe III.1.3.1.C., notamment N 722.

<sup>1278</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 185.

<sup>1279</sup> En anglais, « at the time of the conclusion of the contract ».

<sup>1280</sup> En anglais, « its consequences ».

<sup>1281</sup> Cf. BERGER, p. 171.

<sup>1282</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* Préambule PU.

<sup>1283</sup> A propos du droit général à des dommages-intérêts selon les art. 7.4.1 PU et 9:501 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 706.

<sup>1284</sup> Dans le même sens EBERHARD, p. 178.

rer le préjudice lorsque l'inexécution n'est pas due à une faute de sa part ou à un autre fait dont il répond<sup>1285</sup>.

786. L'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE reprennent cette idée et, notamment comme l'art. 79 CVIM, ont principalement pour but d'exclure (exceptionnellement) la responsabilité du débiteur **lorsque l'inexécution n'est pas due à un événement qui est imputable à ce dernier**<sup>1286</sup>. En même temps, ils déterminent les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas.

#### 1.4.2. Le champ d'application de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE

787. On décrira d'abord le champ d'application de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE en général (A.), avant d'analyser plus particulièrement trois hypothèses controversées. Il s'agit du cas dans lequel il est question de l'exécution d'une obligation de moyens (B.), de celui dans lequel l'inexécution a été causée par un fait qui existait déjà au moment de la conclusion du contrat (C.) et de celui dans lequel les art. 6.2.1 à 6.2.3 PU et l'art. 6:111 PE sont susceptibles de s'appliquer (D.). Enfin, on traitera de deux autres cas particuliers, c'est-à-dire de l'application de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE lors de la contravention à une incombance (E.), ou à une indemnité forfaitaire ou clause pénale (F.).

##### A. En général

788. Le rôle de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE est d'exonérer le débiteur des conséquences de l'inexécution lorsqu'il est inéquitable que ce dernier en réponde<sup>1287</sup>. Pour qu'elles puissent remplir pleinement leur fonction, il faut que ces dispositions soient susceptibles de s'appliquer chaque fois que la responsabilité du débiteur pourrait être engagée. Par conséquent, on doit admettre que, comme l'art. 79 CVIM, tant l'art. 7.1.7 PU que l'art. 8:108 PE sont applicables **lors de toute inexécution** (au sens large), quelle que soit l'obligation violée<sup>1288</sup>. En effet, l'inexécution est la notion centrale des systèmes qui, respectivement dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens, traitent des

<sup>1285</sup> Dans le même sens LANDO, *Non-Performance*, p. 506.

<sup>1286</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:108 PE. Concernant la raison d'être de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.1., p. 50, N 144 s.

<sup>1287</sup> S'agissant de la raison d'être de l'exonération selon les art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le paragraphe III.1.4.1., p. 272, N 785 s.

<sup>1288</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:108 PE. Concernant le champ d'application de l'art. 79 CVIM en général, cf. le paragraphe I.1.3.2.A., p. 51, N 147.

conséquences de la contravention à une obligation<sup>1289</sup>. En confirmation de ce champ d'application général, l'art. 8:101 al. 1 PE pose un parallélisme entre l'inexécution des obligations et « l'exonération prévue à l'art. 8:108 PE ».

**Exemple :** L'exonération de la responsabilité est également possible lors du non-paiement d'une somme d'argent, bien qu'en pratique elle soit alors difficile et improbable. En particulier, les conditions de l'art. 7.1.7 al. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE ne sont d'ordinaire pas réalisées en cas d'insolvabilité du débiteur ; mais elles peuvent l'être dans l'hypothèse d'une interdiction étatique de transférer la somme due.<sup>1290</sup>

### B. *L'inexécution d'une obligation de moyens*

789. On pourrait penser que, si une obligation de moyens est inexécutée, le débiteur ne peut, par définition, jamais être exonéré selon l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE. Les conditions de l'exonération ne seraient alors jamais réalisées parce que tant l'inexécution qu'elles seraient évaluées selon le (même) standard de ce qui peut être raisonnablement exigé du débiteur.<sup>1291</sup>

790. De manière similaire que l'avis selon lequel l'inexécution d'une obligation de moyens équivaut à la commission d'une faute lorsque les parties n'ont pas spécifié quel était le degré de diligence avec lequel l'obligation devait être exécutée<sup>1292</sup>, cette **affirmation est discutable**.

791. En effet, nous avons constaté qu'on juge de l'inexécution de toute obligation, y compris des obligations de moyens, selon un critère objectif et abstrait<sup>1293</sup>, alors qu'on évalue la réalisation des conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE selon un critère certes objectif, mais concret<sup>1294</sup>. Dès lors, **les standards ne sont pas les mêmes**. On ne peut donc pas logiquement exclure que les conditions de l'exonération selon, respectivement, l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE soient remplies lors de l'inexécution d'une obligation de moyens.

792. En outre, comme on l'a vu lors du traitement du même différend doctrinal dans le contexte de l'analyse de la réglementation de la Convention, une

---

<sup>1289</sup> Sur l'inexécution en tant que notion clé des systèmes traitant des conséquences de la contravention à une obligation dans les Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.1., notamment N 633.

<sup>1290</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1291</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 184 ; dans le même sens LANDO, *Non-Performance*, p. 509 ; ainsi que COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1292</sup> Pour une réfutation de l'affirmation selon laquelle l'inexécution d'une obligation de moyens équivaut à la commission d'une faute, cf. le paragraphe III.1.3.1.B., notamment N 716.

<sup>1293</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution d'une obligation, cf. le paragraphe III.1.3.1.B., notamment N 712.

<sup>1294</sup> Sur le critère selon lequel on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 781.

bonne exécution d'une obligation de moyens implique l'obtention de toute une série de résultats partiels : si le créancier ne les obtient pas, **la preuve libératoire** de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou, respectivement, de l'art. 8:108 al. 1 PE **peut être intéressante pour le débiteur**<sup>1295</sup>.

793. On a également déjà vu que, pour appliquer les réglementations des Principes, il n'est pas nécessaire de distinguer entre l'inexécution d'une obligation de moyens et celle d'une obligation de résultat et **qu'une telle distinction est plus théorique, qu'effective**<sup>1296</sup>.

794. Par conséquent, il est prudent d'en rester au régime de responsabilité unique que les Principes prévoient et dans lequel le binôme n'a, en soi, pas de portée<sup>1297</sup>. Cela se justifie d'autant plus que l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE sont aptes à appréhender les deux hypothèses. En conclusion, il est **inopportun d'exclure le cas de l'inexécution des obligations de moyens** du champ d'application de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE<sup>1298</sup>.

### C. *L'empêchement existant déjà au moment de la conclusion du contrat*

795. Selon le commentaire de l'art. 8:108 PE, cette disposition n'appréhende pas l'hypothèse dans laquelle l'événement qui a causé l'inexécution existait déjà au moment de la conclusion du contrat ; seul l'art. 4:103 PE (« Erreur essentielle de fait ou de droit ») peut alors s'appliquer<sup>1299</sup>.

796. Or, l'annulation d'un contrat en raison d'une erreur présuppose que plusieurs conditions soient réalisées ; en particulier, que l'erreur soit essentielle (art. 4:103 al. 1 let. b PE), exigence qui est sévère : ainsi, il faut plus qu'une erreur substantielle au sens de l'art. 1:301 al. 5 PE<sup>1300</sup>. Par conséquent, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat un débiteur ignore qu'il est devenu impossible, de manière imprévisible, d'exécuter l'une des obligations (par hypothèse, accessoire) qu'il assume conventionnellement et que son erreur n'est pas essentielle, il ne peut pas invoquer l'art. 4:103 PE, ni l'art. 8:108 al. 1 PE, alors qu'il aurait pu invoquer cette autre disposition si le même empêchement était survenu après la conclusion du contrat. Autrement dit, la situation juridique du

<sup>1295</sup> A propos du fait que la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 CVIM présente un intérêt pour le débiteur lors de l'inexécution au sens large d'une obligation de moyens, cf. le paragraphe I.1.3.2.C., notamment N 157.

<sup>1296</sup> S'agissant de l'inutilité de différencier l'inexécution d'une obligation de résultat de celle d'une obligation de moyens, cf. le paragraphe III.1.1.2.D., p. 226, N 651 ss.

<sup>1297</sup> A propos de l'unité des régimes de responsabilité prévus par les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.2.A., notamment N 642.

<sup>1298</sup> S'agissant de l'inopportunité d'exclure le cas de l'inexécution au sens large des obligations de moyens du champ d'application de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.2.C., p. 54, N 155 ss.

<sup>1299</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1300</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 4:103 PE.

débiteur lorsque l'empêchement à une bonne exécution survient avant la conclusion du contrat est **moins favorable** que celle qui serait la sienne si le même empêchement survient après la conclusion du contrat. En effet, il n'est pas contesté que l'art. 8:108 PE est dans cette deuxième hypothèse applicable et que le débiteur peut alors être exonéré des conséquences de l'inexécution en vertu de l'art. 8:108 al. 1 PE.

797. Nous doutons **qu'une disparité dans la situation juridique du débiteur** en fonction du moment auquel l'événement qui a causé l'inexécution est survenu soit opportune.

798. Au fait, une telle distinction serait acceptable si l'alternative suivante était vraie : en cas d'impossibilité initiale d'exécuter, soit les conditions de l'art. 4:103 PE sont réalisées, soit ni elles ni celles de l'art. 8:108 al. 1 PE ne le sont<sup>1301</sup>. Il se trouve que le deuxième membre de l'alternative est faux. Pour qu'il soit vrai, il faudrait que, lorsque les conditions de l'art. 4:103 PE ne sont pas remplies (notamment si l'erreur n'est pas essentielle), toute ignorance de l'impossibilité initiale d'exécuter, que cette dernière soit raisonnablement prévisible ou moins au moment de la conclusion du contrat, soit imputable au débiteur selon l'art. 8:108 al. 1 *a contrario* PE. Or, d'après cette disposition, un empêchement imprévisible au moment de la conclusion du contrat libère le débiteur des conséquences de l'inexécution, si les autres conditions de l'exonération sont remplies<sup>1302</sup> ; autrement dit, si une personne contracte sans réserves, elle assume uniquement le risque de la survenance des empêchements qui sont raisonnablement prévisibles au moment de la conclusion du contrat, non des autres<sup>1303</sup>. Dès lors, **les conditions de l'art. 8:108 al. 1 PE peuvent être réalisées même si** celles de l'art. 4:103 PE ne le sont pas.

799. Par conséquent, **le commentaire susmentionné est critiquable**.

800. Il l'est **d'autant plus que l'art. 4:119 PE** prévoit que, si la situation est telle qu'elle peut être qualifiée aussi bien comme un cas d'erreur que comme un cas d'inexécution, le créancier insatisfait peut recourir aux moyens de son choix parmi tous ceux ouverts dans les deux circonstances, à moins que les droits invoqués ne soient logiquement incompatibles<sup>1304</sup>. Bien que cette disposition traite de la même problématique que le commentaire susmentionné, c'est-à-dire du rapport entre les moyens en matière de validité du contrat (chapitre 4

---

<sup>1301</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment *ad* art. 4:102 PE et Comment G *ad* art. 4:103 PE, p. 230.

<sup>1302</sup> S'agissant de l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3.B., p. 288, N 835 ss. Concernant les conditions de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., p. 281, N 819 ss.

<sup>1303</sup> A propos des événements dont la personne qui contracte sans réserves assume le risque de la survenance, cf. le paragraphe III.1.4.3.B., notamment N 836.

<sup>1304</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment *ad* art. 4:119 PE.

PE) et ceux résultant d'une inexécution (chapitre 8 et 9 PE), elle la régleme différemment. Or, il est opportun que ce rapport soit réglé de manière uniforme et, en général, il est préférable de retenir la solution adoptée dans un Principe plutôt que celle proposée dans un commentaire officiel. Dans le cas particulier, il n'y a aucune bonne raison pour que le principe qui vaut pour le créancier insatisfait (art. 4:119 PE) ne vaille pas, *mutatis mutandis*, pour le débiteur défaillant.

801. D'ailleurs, il est possible que, bien que les conditions de l'art. 4:103 PE soient remplies, **l'annulation du contrat ne réussisse pas**, parce que notamment la notification au sens de l'art. 4:112 PE n'a pas eu lieu ou n'a pas été effectuée dans un délai raisonnable au sens de l'art. 4:113 al. 1 PE. Le contrat est alors valable et tout se passe comme si la victime de l'erreur ne s'était pas trompée au moment de le conclure. Vu qu'on fait comme si le vice n'existait pas, il est inéquitable que, si le contrat n'est pas annulé et que la victime de l'erreur est en même temps débitrice d'une prestation, elle ne peut pas invoquer l'art. 8:108 al. 1 PE (à supposer que les conditions de cette disposition soient réalisées) parce que l'événement qui a causé l'inexécution existait déjà au moment de la conclusion du contrat.

802. En conclusion, contrairement au commentaire susmentionné de l'art. 8:108 PE, il faut admettre que **le débiteur peut se prévaloir de l'art. 8:108 PE même si** l'événement qui a causé l'inexécution existait déjà au moment de la conclusion du contrat, à moins que celui-ci n'ait été valablement annulé en vertu notamment de l'art. 4:103 PE.

803. Contrairement à celui de l'art. 8:108 PE, **le commentaire de l'art. 7.1.7 PU n'essaie pas** de restreindre le champ d'application de cette disposition en fonction du moment où l'événement qui a causé l'inexécution est survenu. Au contraire, le commentaire de l'art. 3.3 PU précise que l'impossibilité initiale d'exécuter est assimilée à l'impossibilité qui survient après que l'obligation a pris naissance<sup>1305</sup>.

804. Il en résulte que les auteurs des Principes d'UNIDROIT ont voulu, sans exception, qu'il soit indifférent de savoir **si l'empêchement à une bonne exécution est initial ou subséquent**<sup>1306</sup>, ce qui vaut également pour la réglementation de la Convention<sup>1307</sup>.

<sup>1305</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 3.3 PU.

<sup>1306</sup> Concernant l'absence de pertinence du moment de la survenance de l'empêchement, cf. le paragraphe III.1.1.2.C., p. 225, N 648 ss.

<sup>1307</sup> Sur l'absence d'importance que l'empêchement soit initial ou subséquent lors de l'application de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 168.



D. *Le rapport avec le changement notable des circonstances*  
(art. 6.2.1 à 6.2.3 PU et art. 6:111 PE)

805. La question se pose de savoir **quel est le rapport** entre, d'une part, l'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE et, d'autre part, les dispositions qui traitent du changement notable des circonstances, ou *hardship*, soit les art. 6.2.1 à 6.2.3 PU et l'art. 6:111 PE.

806. Ces articles affirment, avant tout, qu'une partie est tenue de remplir ses obligations « quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse » et réitèrent, de la sorte, le principe de la force obligatoire du contrat en des termes clairs (art. 6.2.1 PU et art. 6:111 al. 1 PE)<sup>1308</sup>. Néanmoins, ils précisent que ce principe n'est pas absolu et qu'une partie peut exceptionnellement obtenir une modification de ses obligations si surviennent des circonstances telles que l'exécution devient onéreuse à l'excès (art. 6.2.1 *in fine* et 6.2.2 PU, art. 6:111 al. 2 PE)<sup>1309</sup>. En pratique, le rapport d'obligations est alors renégocié par les parties en vue de l'adapter ou d'y mettre fin ; ou, subsidiairement, il est modifié par un tribunal (art. 6.2.3 PU et art. 6:111 al. 2 et 3 PE). **Le régime légal est semblable dans les deux instruments d'harmonisation**<sup>1310</sup>.

807. Ces derniers, en adoptant ces dispositions, ont **innové considérablement par rapport à la Convention**<sup>1311</sup>.

808. Les art. 6.2.2 et 6.2.3 PU et l'art. 6:111 al. 2 et 3 PE règlent **une situation qui est proche** de celle appréhendée par l'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE. En effet, tant l'exonération de la responsabilité en raison d'un cas de force majeure que la modification du rapport d'obligations à cause d'un changement notable des circonstances (*hardship*) exigent que les éléments suivants soient réunis : il faut que l'exécution d'une obligation soit mise en question par un événement hors de la sphère d'influence du débiteur et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre de ce dernier qu'il prenne en considération cet empêchement au moment de la conclusion du contrat (ni, *a fortiori*, qu'il l'ait effectivement pris en considération<sup>1312</sup> ou su de sa survenance<sup>1313</sup>)<sup>1314</sup>.

---

<sup>1308</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* art. 6.2.1 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 6:111 PE, p. 324.

<sup>1309</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 6.2.1 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, *ibidem*.

<sup>1310</sup> Cf., par exemple, HARTKAMP, *European*, p. 348, et PICHONNAZ, *exonération*, p. 193.

<sup>1311</sup> Cf., par exemple, HARTKAMP, *European, ibidem*, et BONELL, *CISG*, p. 33.

<sup>1312</sup> Sur l'effective prise en considération de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat, cf. le paragraphe III.1.4.3.B., notamment N 842.

<sup>1313</sup> A propos de l'empêchement dont le débiteur connaît la survenance au moment de la conclusion du contrat, cf. le paragraphe III.1.4.3.B., notamment N 841.

<sup>1314</sup> WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 561 ; COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A, p. 324, et Comment B (iii) *ad* art. 6:111 PE, Comment C (ii) *ad* art. 8:108 PE, p. 380.

809. En revanche, contrairement à celle de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE, **l'application des dispositions qui traitent du *hardship* ne présuppose pas** qu'on ne puisse pas raisonnablement attendre du débiteur qu'il surmonte l'événement ou, au moins, les conséquences de celui-ci<sup>1315</sup>. Dès lors, lorsque cette condition n'est pas remplie, le débiteur n'est pas exonéré selon l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE, mais il peut obtenir la modification de ses obligations en conformité avec l'art. 6.2.3 PU ou l'art. 6:111 al. 2 et 3 PE, si les conditions de l'art. 6.2.2 PU ou, respectivement, de l'art. 6:111 al. 2 PE sont réalisées<sup>1316</sup>.

810. Il n'en reste pas moins que, **lorsque cette condition est réalisée**, la situation de fait peut être qualifiée aussi bien comme un cas de *hardship* que comme un cas de force majeure.

811. Tel que le précise clairement le commentaire de l'art. 6.2.2 PU, **le débiteur peut alors recourir au moyen de son choix**<sup>1317</sup>. En effet, les effets juridiques sont différents : l'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE exonèrent le débiteur de sa responsabilité lorsque l'inexécution est due à des causes qui ne lui sont pas imputables, alors que les art. 6.2.2 et 6.2.3 PU et l'art. 6:111 al. 2 et 3 PE conduisent à une modification du rapport d'obligations en vue, en premier lieu, de permettre à celui-ci de continuer à exister avec un contenu révisé<sup>1318</sup>. Or, il n'y a aucune bonne raison pour qu'on impose au débiteur une optique plutôt que l'autre.

812. Par contre, dès que le moyen choisi par le débiteur opère, **l'autre ne peut, le plus souvent, plus être invoqué**. Ainsi, on ne peut pas exonérer le débiteur et, en même temps, le contraindre à renégocier un contrat qui ne lui impose plus d'obligations<sup>1319</sup>. Néanmoins, la situation juridique peut être différente si des obligations subsistent, parce que, par exemple, l'exonération n'est que partielle.

813. Il résulte de ce qui précède que le rapport entre, d'une part, l'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE et, d'autre part, les art. 6.2.1 à 6.2.3 PU et l'art. 6:111 PE est tel que **les deux moyens sont indépendants l'un de l'autre**, dans le sens que la réalisation en elle-même des conditions de l'un n'influence pas celle des conditions de l'autre et *vice versa*. En raison de cette indépendance respective, le seul fait que les Principes contiennent des dispositions sur le changement notable des circonstances, alors que tel n'est pas le cas de la Convention, n'implique

<sup>1315</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A ad art. 6:111 PE, p. 324. A propos du caractère insurmontable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 846.

<sup>1316</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 194.

<sup>1317</sup> UNIDROIT, Comment. 6 ad art. 6.2.2 PU ; apparemment *contra* COMMISSION/LANDO/BEALE, *ibidem*.

<sup>1318</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, *ibidem*.

<sup>1319</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 193.

pas de différences entre les conditions prévus à l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou à l'art. 8:108 al. 1 PE et celles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM<sup>1320</sup>.

814. Lorsque les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont remplies, le débiteur est exonéré de sa responsabilité<sup>1321</sup>. Ces dispositions offrent l'avantage de régler immédiatement et clairement la situation juridique, alors que la modification du rapport d'obligations en conformité avec les art. 6.2.2 et 6.2.3 PU ou l'art. 6:111 al. 2 et 3 PE nécessite toujours un certain temps pour qu'elle soit effective et, en plus, le nouveau contenu des obligations n'est pas toujours prévisible en début de renégociation. Dès lors, **en pratique, le débiteur songera, le plus souvent**, à l'application de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE en priorité.

#### E. *La contravention à une incombance*

815. Ni les Principes d'UNIDROIT, ni les Principes européens n'indiquent si l'art. 7.1.7 PU et l'art. 8:108 PE sont **applicables par analogie en cas de contravention à une incombance**. A notre avis, tel est, en général, le cas, comme dans la réglementation de la Convention<sup>1322</sup>.

#### F. *L'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale*

816. Le commentaire de l'art. 7.4.13 PU indique que le débiteur peut invoquer l'art. 7.1.7 par. 1 PU pour **s'exonérer du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale**, à moins que les parties au contrat n'aient valablement conclu que la somme d'argent convenue doit être versée même si l'inexécution est due à la force majeure<sup>1323</sup>.

817. La **solution est innovatrice par rapport à la réglementation de la Convention**, qui ne traite pas de la question et renvoie donc au droit désigné par les règles du droit international privé<sup>1324</sup>.

---

<sup>1320</sup> Apparemment *contra* COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:108 PE, et PICHONNAZ, *exonération*, p. 193. En même temps, ces auteurs admettent que l'art. 8:108 al. 1 PE est calqué sur l'art. 79 al. 1 CVIM (COMMISSION/LANDO/BEALE, Note 1, p. 383, et Comment C, p. 379, *ad* art. 8:108 PE, et PICHONNAZ, *exonération*, p. 184).

<sup>1321</sup> Concernant l'effet libératoire des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., p. 297, N 858 ss.

<sup>1322</sup> Concernant l'application par analogie de l'art. 79 CVIM en cas de contravention à une incombance, cf. le paragraphe I.1.3.2.D., p. 55, N 160 s.

<sup>1323</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.13 PU.

<sup>1324</sup> S'agissant du rapport entre les indemnités forfaitaires ou clauses pénales conclues par les parties et la preuve libératoire prévue à l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.2.E., p. 56, N 162 s.

818. Elle est surtout bonne et **vaut également lorsque les Principes européens sont applicables**, comme le précise le commentaire de l'art. 8:108 PE<sup>1325</sup>.

### 1.4.3. Les conditions de l'exonération (art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE)

819. L'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE énoncent les **conditions auxquelles, exceptionnellement, le débiteur est exonéré** notamment de l'obligation de réparer le dommage<sup>1326</sup>. D'après leur texte, le débiteur n'est pas responsable, si l'inexécution est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence (A.), si on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prenne en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat (B.), ni qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences (C.).

820. On a vu que les deux dispositions correspondent et sont calquées sur l'art. 79 al. 1 CVIM, qui est repris presque mot par mot et de la sorte généralisé<sup>1327</sup>. Etant donnée cette correspondance entre les réglementations des Principes et de la Convention, en général il sera plus simple et plus efficace, dans les paragraphes qui suivent (III.1.4.3.A. à III.1.4.3.C., N 826 ss), de relever uniquement les différences par rapport à celle-ci, plutôt que de souligner systématiquement les nombreuses similitudes. En effet, l'analyse indiquera que, comme l'art. 79 al. 1 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE **peuvent être paraphrasés de la manière suivante**:

- *Le débiteur n'est pas responsable s'il prouve que, objectivement et compte tenu des circonstances, l'inexécution est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, en tant que débiteur diligent ;*
- *En particulier, un empêchement ne peut être hors de la sphère d'influence du débiteur – et susceptible d'exonérer ce dernier de sa responsabilité – que si sa survenance n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat, et qu'on ne peut raisonnablement attendre de la part du débiteur qu'il prévienne ni surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci<sup>1328</sup>.*

821. Les conditions prévues par l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE sont **cumulatives**<sup>1329</sup>.

<sup>1325</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D ad art. 8:108 PE, p. 381.

<sup>1326</sup> Concernant l'effet libératoire des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE par rapport à l'obligation inexcusée, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., p. 297, N 858 ss.

<sup>1327</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1328</sup> Pour une paraphrase de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.1.C., notamment N 251.

<sup>1329</sup> A propos du caractère cumulatif des conditions de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3., notamment N 165.

822. Puisque, en outre, il faut en admettre la réalisation strictement<sup>1330</sup> et en juger selon un critère objectif et *in concreto*<sup>1331</sup>, **en pratique le débiteur ne sera exonéré de sa responsabilité que très rarement**<sup>1332</sup>.

823. On notera encore que l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE font **appel à des concepts plutôt indéterminés**, tels que la sphère d'influence du débiteur, ou l'imprévisibilité, l'inévitabilité et l'insurmontabilité de l'empêchement. Tant le commentaire de l'art. 7.1.7 PU que celui de l'art. 8:108 PE observent qu'il a été nécessaire d'exprimer les conditions de l'exonération en des termes généraux<sup>1333</sup>. En revanche, seul le deuxième précise en quoi a consisté la nécessité : des concepts plutôt abstraits ont été rendus indispensables par la grande variété des situations factuelles dans lesquelles l'art. 8:108 PE est susceptible de s'appliquer<sup>1334</sup>. Malgré le silence de l'autre commentaire, cette explication vaut également pour l'art. 7.1.7 PU qui, comme l'art. 8:108 PE, est applicable lors de toute inexécution<sup>1335</sup>.

824. L'inconvénient de recourir à des notions plutôt indéterminées réside dans un certain **manque d'intelligibilité immédiate** des dispositions en question<sup>1336</sup>.

825. Après avoir analysé les conditions de l'exonération de manière générale, on traitera du cas particulier dans lequel un tiers a été chargé d'accomplir la prestation due (D).

#### A. *Un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur*

826. Il faut, premièrement, que l'inexécution soit **causée par un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur**<sup>1337</sup>. Bien que l'art. 7.1.7 par. 1 PU, l'art. 8:108 al. 1 PE et l'art. 79 al. 1 CVIM diffèrent quant à la formulation de cette condition dans leur version en français, on a vu que ces variations termi-

---

<sup>1330</sup> Sur l'approche stricte selon laquelle on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 780.

<sup>1331</sup> A propos du critère selon lequel on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 781.

<sup>1332</sup> Sur la grande rareté, en pratique, de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3., notamment N 166.

<sup>1333</sup> UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.1.7 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 8:108 PE, p. 379 s.

<sup>1334</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 8:108 PE, p. 380.

<sup>1335</sup> Concernant le champ d'application des art. 7.1.7 PU et 8:108 PE, cf. le paragraphe III.1.4.2., p. 272, N 787 ss.

<sup>1336</sup> S'agissant du manque d'intelligibilité immédiate de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.4., p. 91, N 267 ss.

<sup>1337</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) *ad* art. 8:108 PE ; ainsi que PICHONNAZ, *exonération*, p. 185.

nologiques n'impliquent pas de différences de contenu, ce que confirme la constance de la formulation en anglais<sup>1338</sup>.

827. Ainsi, comme dans la réglementation de la Convention, on définit l'empêchement comme **tout obstacle à une bonne exécution de la prestation due par le débiteur**<sup>1339</sup>.

828. De même, **si l'obstacle à une bonne exécution a un caractère externe**, c'est-à-dire s'il ne peut pas être rattaché à un acte (action ou omission) volontaire du débiteur<sup>1340</sup>, alors le débiteur est exonéré de sa responsabilité sans que d'autres investigations soient nécessaires, parce que l'empêchement est forcément hors de sa sphère d'influence<sup>1341</sup>. On notera que, lorsqu'il a contracté sans réserves, le débiteur n'est en général pas exonéré par l'empêchement dont la survenance était raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat parce qu'il a assumé tacitement le risque de la réalisation de cet événement<sup>1342</sup>: d'une certaine manière, l'empêchement n'a alors pas de caractère externe. Pour ainsi dire, sauf accord particulier des parties, un obstacle à une bonne exécution ne peut avoir de caractère externe et être hors de la sphère d'influence du débiteur que, notamment, si sa survenance n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat.

**Exemple 1:** Est exonéré de sa responsabilité sans que d'autres investigations soient nécessaires le porcelainier qui alimente ses fours avec du gaz s'il doit suspendre sa production parce que, de manière imprévisible, la distribution du combustible par la compagnie nationale a été interrompue en raison d'une grève; l'empêchement a alors un caractère externe<sup>1343</sup>.

829. Lorsque l'obstacle à une bonne exécution n'a à première vue pas de caractère externe, il est néanmoins possible qu'il soit hors de la sphère d'influence du débiteur et ce dernier exonéré de sa responsabilité. Tel est le cas **si l'empêchement est hors de l'influence du débiteur**<sup>1344</sup>, dans le sens qu'il est hors du contrôle sur le processus d'exécution de l'obligation que le créancier est en

<sup>1338</sup> Sur les variations terminologiques des art. 7.1.7 par. 1 PU, 8:108 al. 1 PE et 79 al. 1 CVIM en français, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 779.

<sup>1339</sup> Dans le même sens, par exemple, COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 8:108 PE, et PICHONNAZ, *exonération*, p. 185. A propos de la définition de l'«empêchement» dans la Convention, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 168.

<sup>1340</sup> Sur le caractère externe de l'empêchement, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 169.

<sup>1341</sup> A propos de l'inutilité d'investigations supplémentaires dans l'optique de l'exonération selon l'art. 79 al. 1 CVIM lorsque l'empêchement a un caractère externe, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 175.

<sup>1342</sup> S'agissant de l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3.B., p. 288, N 835 ss.

<sup>1343</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 1 *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1344</sup> A propos de l'empêchement qui enlève toute pertinence au lien existant entre l'inexécution au sens large et la sphère dont le débiteur répond, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 174.

droit d'attendre de la part de l'autre parce que celui-ci a assumé la charge d'une bonne exécution de sa dette<sup>1345</sup>. Autrement dit, l'empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur s'il apparaît qu'il n'aurait pas eu de sens d'adopter des mesures autres que celles qui ont été effectivement prises, pour en éviter la survenance et les conséquences. En revanche, il ne l'est pas dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si un débiteur raisonnable aurait pu le prévenir ou, au moins, en prévenir les effets. Logiquement, lorsqu'ils exigent l'inévitabilité de l'empêchement et des conséquences de celui-ci, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE n'énoncent donc pas vraiment une condition supplémentaire de l'exonération, mais mentionnent simplement un élément qui contribue à déterminer si l'obstacle à une bonne exécution est effectivement hors de la sphère d'influence du débiteur<sup>1346</sup>.

**Exemple 2 :** Un obstacle à une bonne exécution n'a apparemment pas de caractère externe lorsque l'inexécution est due à la perte d'un des collaborateurs du débiteur, parce qu'on part de l'idée que la structure voulue par ce dernier (personnellement ou par l'intermédiaire d'une des personnes dont il répond) pour fournir les prestations dues ne doit pas souffrir de ce genre d'événements<sup>1347</sup> ; un tel empêchement est, néanmoins, hors de la sphère d'influence du débiteur si tout le personnel de ce dernier décède dans un accident d'avion lors du déplacement au lieu d'exécution<sup>1348</sup>. En effet, il est alors hors de l'influence du débiteur.

**Exemple 3 :** Par contre, n'est pas hors de l'influence du débiteur le mouvement de grève qui ne concerne que l'entreprise de ce dernier, même s'il n'est pas possible de satisfaire les revendications des grévistes<sup>1349</sup>.

**Exemple 4 :** De même, n'est pas hors de l'influence du débiteur la rupture d'une des machines de ce dernier, à moins que cette panne ne soit, en définitive, due à un autre événement tel que ce dernier relègue au deuxième plan et enlève toute pertinence au lien existant entre la rupture et l'inexécution (par exemple, une catastrophe naturelle)<sup>1350</sup>.

830. Il résulte déjà des lettres de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE (« inexécution [...] due à un empêchement »<sup>1351</sup>) qu'il faut que l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur soit **une cause pertinente de l'inexécution**. Tel ne peut être le cas que si on ne peut pas raisonnablement attendre du débiteur qu'il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de

---

<sup>1345</sup> Sur l'empêchement hors de l'influence du débiteur, cf. le paragraphe I.1.3.3.A., notamment N 170.

<sup>1346</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 190. Cf. également le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 844.

<sup>1347</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 185 n. 37.

<sup>1348</sup> Dans le même sens COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) *ad art. 8:108 PE*.

<sup>1349</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 2 *ad art. 8:108 PE*.

<sup>1350</sup> Dans le même sens COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) *ad art. 8:108 PE*.

<sup>1351</sup> En anglais, « non-performance [...] due to an impediment ».

celui-ci<sup>1352</sup>. En effet, exiger l'insurmontabilité de l'obstacle à une bonne exécution et des conséquences de celui-ci revient à affirmer que seul un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur qui soit raisonnablement insurmontable, et dont les conséquences sont raisonnablement insurmontables, peut être une cause pertinente de l'inexécution, susceptible d'exonérer le débiteur de sa responsabilité. Autrement dit, les auteurs des Principes ont, de la sorte, précisé la qualité du lien de causalité exigé entre la survenance de l'empêchement et l'inexécution. De fait, ils ont souligné la dureté avec laquelle ils veulent qu'on en juge<sup>1353</sup>.

Ces considérations sur les liens existant entre les différents éléments mentionnés à l'art. 7.1.7 par. 1 PU et à l'art. 8:108 al. 1 PE confirment la relecture de ces dispositions qui a été proposée en introduisant les conditions de l'exonération<sup>1354</sup>.

831. Le commentaire de l'art. 8:108 PE rappelle quelle est la situation juridique si un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur (par hypothèse, raisonnablement insurmontable et dont les conséquences sont aussi raisonnablement insurmontables) survient lors d'un retard dans l'exécution qui, en lui-même, n'est pas dû à la force majeure : en principe, le débiteur n'est alors pas exonéré de sa responsabilité, à moins qu'il n'apparaisse que l'événement en question aurait empêché une bonne exécution de l'obligation même s'il n'y avait pas eu de retard<sup>1355</sup>. Autrement dit, **lorsqu'une inexécution lui est imputable**, le débiteur n'est pas libéré de sa responsabilité du seul fait que, ultérieurement, un empêchement hors de sa sphère d'influence survient. En effet, ce dernier n'est alors pas une cause pertinente de l'inexécution. Néanmoins, le débiteur n'est pas tenu d'indemniser l'autre partie s'il apporte la preuve que l'événement en cause a interrompu un autre lien de causalité : celui entre l'inexécution qui lui est imputable et le préjudice que subit le créancier<sup>1356</sup>. Tel est le cas lorsque l'événement aurait produit le préjudice, même si l'obligation inexécutée avait été dûment accomplie.

**Exemple 5 :** Une banque s'est engagée, par contrat, à effectuer un paiement transfrontalier le 15 juillet. Le 18 juillet, elle ne l'a pas encore accompli, quand le Gouvernement du pays dans lequel elle a son siège suspend tous les transferts monétaires transfrontaliers. Dans des circonstances ordinaires, ce type

<sup>1352</sup> A propos du caractère insurmontable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 846.

<sup>1353</sup> Sur la grande rareté, en pratique, de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 822.

<sup>1354</sup> A propos de la manière dans laquelle les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE peuvent être paraphrasés, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 820.

<sup>1355</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) ad art. 8:108 PE.

<sup>1356</sup> A propos de l'interruption du lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice, cf. le paragraphe III.1.3.1.D., notamment N 724.



d'intervention étatique constituerait un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur. Toutefois, en l'occurrence, il ne s'agit pas d'une cause pertinente de l'inexécution de la part de la banque, parce que cette dernière aurait dû avoir déjà exécuté l'obligation. Par conséquent, la banque n'est pas exonérée selon, respectivement, l'art. 7.1.7 al. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE. En plus, elle ne peut pas prouver que le lien de causalité entre l'inexécution qui lui est imputable et le préjudice que subit l'autre partie a été interrompu par l'acte du Gouvernement, parce que cet événement n'aurait pas empêché le créancier d'obtenir la prestation due si celle-ci avait été accomplie le 15 juillet.<sup>1357</sup>

832. Le même commentaire de l'art. 8:108 PE exprime la même idée également en affirmant que l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur doit survenir sans qu'il y ait « faute » d'une des parties. Il indique, de la sorte, que les notions de « force majeure » et de « faute » sont logiquement exclusives, dans le sens que, dès qu'une inexécution est imputable au débiteur, les conditions de l'art. 8:108 al. 1 PE ne peuvent plus être remplies. Les auteurs des Principes européens n'ont certes pas défini le terme « faute » ; ils ont néanmoins employé celui-ci comme synonyme d'inexécution imputable au débiteur, ou d'inexécution qui n'est pas due à la force majeure. Ce faisant, ils confirment, indirectement, que l'exigence d'un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur **sous-entend celle d'une absence de faute objective**<sup>1358</sup>.

833. Il résulte de ce qui précède que, comme dans la réglementation de la Convention, **la notion de sphère d'influence du débiteur est l'étalon** sur lequel se basent l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1359</sup>. Cette notion est certes flexible ; en particulier, elle dépend de ce que les parties au contrat ont convenu, lesquelles, très fréquemment, précisent (expressément ou implicitement) les conditions de la force majeure, afin de prendre en considération les caractéristiques particulières du cas d'espèce<sup>1360</sup>. Néanmoins, on peut mettre en évidence trois axes qui la composent implicitement : en général, une inexécution (au sens large) n'est pas due à un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur, si elle résulte des actes de ce dernier, de ceux d'un tiers (dépendant ou indépendant) qui participe à l'exécution de l'obligation en cause de par la volonté du débiteur, ou de tout autre fait qui relève de l'organisation que ce dernier (voire l'une des tierces personnes dont il répond selon ce qui précède) a mis en place pour accomplir la prestation due. De fait, le débiteur n'est

---

<sup>1357</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 3 *ad* art. 8:108 PE ; ainsi que COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 6 *ad* art. 9:501 PE.

<sup>1358</sup> Sur l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261.

<sup>1359</sup> A propos de la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se base l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 281.

<sup>1360</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. UNIDROIT, Comment. 4 *ad* art. 7.1.7 PU.

exonéré de sa responsabilité que s'il prouve qu'aucune de ces trois hypothèses n'est finalement réalisée.

834. Comme dans la réglementation de la Convention, la responsabilité du débiteur prévue par les Principes est **la somme de trois composantes** : une responsabilité pour son propre fait, une responsabilité du fait d'autrui<sup>1361</sup> et une responsabilité du fait de l'organisation<sup>1362</sup>.

*B. Un empêchement imprévisible au moment de la conclusion du contrat*

835. Selon, respectivement, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE, l'exonération de la responsabilité présuppose, deuxièmement, qu'on puisse admettre **qu'un débiteur raisonnable n'aurait pas pris en considération l'empêchement** au moment de la conclusion du contrat. Cette exigence est formulée dans les Principes de la même manière qu'à l'art. 79 al. 1 CVIM, dont l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE reprennent le contenu<sup>1363</sup>.

836. Comme dans la réglementation de la Convention, bien que cette exigence doive être satisfaite pour que le débiteur ne réponde pas du préjudice résultant de l'inexécution, **il ne s'agit pas d'une véritable condition** posée par l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou par l'art. 8:108 al. 1 PE, mais elle résulte déjà du contrat interprété en conformité avec, respectivement, l'art. 4.1 par. 2 PU et l'art. 5:101 al. 3 PE<sup>1364</sup>. En effet, faute de commune intention des parties au sens de l'art. 4.1 par. 1 PU ou de l'art. 5:101 al. 1 PE, si une partie ne connaît pas et ne doit pas connaître la véritable intention de l'autre partie (ce qui exclut, en particulier, l'application de l'art. 5:101 al. 2 PE), le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité et placée dans la même situation que celle-là. Cette règle se fonde notamment sur l'idée que dans des circonstances ordinaires toute partie est en droit de penser que l'autre agit raisonnablement. Or, une personne raisonnable qui prévoit au moment de la conclusion du contrat la survenance d'un certain empêchement (par exemple, l'impossibilité d'effectuer le transport des marchandises à cause de la fermeture des voies de circulation) et qui ne veut pas en répondre, manifeste au co-contractant sa volonté en ce sens, pour en répartir la charge dans le contrat. On en déduit la règle d'interprétation suivante : si une personne contracte sans réserves, dans des circonstances ordinaires l'autre partie a raison de comprendre

<sup>1361</sup> Pour une définition de la « responsabilité pour le fait d'autrui », cf. l'Introduction, notamment n. 17.

<sup>1362</sup> Sur les trois composantes de la responsabilité du débiteur selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 282.

<sup>1363</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1364</sup> Concernant l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., p. 61, N 177 ss.

que celle-là assume le risque de tout empêchement qui est raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat.<sup>1365</sup>

837. De manière similaire, **le commentaire de l'art. 8:108 PE propose**, d'abord, **l'explication suivante** de la condition : le débiteur assume le risque de tout empêchement qui est raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat<sup>1366</sup>. En alternative, il ajoute que le débiteur commet une faute si, au moment de la conclusion du contrat, il ne prévoit pas un obstacle à une bonne exécution qui est raisonnablement prévisible. Toutefois, ce deuxième raisonnement présuppose, logiquement, l'existence d'un devoir (précontractuel) du débiteur envers le créancier, en vertu duquel celui-là doit, au moment de la conclusion du contrat, prévoir les empêchements qui sont raisonnablement prévisibles. Or, une telle prévision est sûrement dans l'intérêt du débiteur (qui risque de devoir supporter les conséquences d'une éventuelle inexécution). Mais il est difficile d'admettre qu'il s'agit d'une prestation que ce dernier doit fournir au créancier en raison d'une obligation précontractuelle qu'il a envers l'autre. La première explication doit donc être préférée à la deuxième.

838. Etant donné que la condition de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE analysée ici ne fait que rappeler, expliciter et confirmer une règle d'interprétation du contrat conclu par les parties qui résulte déjà d'autres dispositions, il faut qu'elle soit **appliquée en conformité avec** ces dispositions, à savoir **l'art. 4.1 par. 2 PU et l'art. 5:101 al. 3 PE**.

839. **En pratique**, comme dans la réglementation de la Convention, on détermine selon un critère objectif et *in concreto*, si on ne pouvait raisonnablement attendre du débiteur qu'il prenne en considération l'empêchement au moment de la conclusion du contrat<sup>1367</sup>. Comme tout obstacle à une bonne exécution se révèle *a posteriori* plus ou moins prévisible, juger de son imprévisibilité est, de fait, une question de degrés ; dès lors, on exige uniquement une imprévisibilité raisonnable, et non une imprévisibilité absolue<sup>1368</sup>. Ainsi, le commentaire de l'art. 8:108 PE précise qu'il faut se référer à la prévision qu'aurait faite une personne qui, dans la même situation que le débiteur, ne fait preuve ni d'un optimisme ni d'un pessimisme excessifs<sup>1369</sup>. En général, la survenance elle-même de l'empêchement doit être imprévisible. Parfois, bien que l'apparition de l'obstacle ne le soit pas, il suffit que l'ampleur des effets sur la capacité de four-

---

<sup>1365</sup> Cf. BERGER, p. 171 s.

<sup>1366</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (ii) *ad* art. 8:108 PE, p. 380.

<sup>1367</sup> Notamment PICHONNAZ, *exonération*, p. 191. Cf. également l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 781. Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.3.3.B., notamment N 180.

<sup>1368</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération, ibidem*.

<sup>1369</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (ii) *ad* art. 8:108 PE, p. 381 ; ainsi que COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B (iii) *ad* art. 6:111 PE.

nir la prestation due le soit (par exemple, une durée imprévisible d'un contrôle des changes prévisible)<sup>1370</sup>. En résumé, il faut que l'empêchement, le cas échéant l'ampleur de ses effets, n'ait pas été raisonnablement prévisible, objectivement et compte tenu des circonstances, pour le débiteur diligent.

**Exemple 1 :** Un constructeur a édifié pour une entreprise de services publics une centrale nucléaire et, par contrat, s'est engagé à fournir tout l'uranium nécessaire au fonctionnement du réacteur pendant dix ans à un certain prix par unité de mesure, exprimé en dollars américains et payable à New York. L'entreprise n'est pas exonérée des conséquences du non-paiement du prix lorsque, cinq ans après la conclusion du contrat, la monnaie du pays dans lequel elle a son siège se dévalue de 1% de sa valeur par rapport au dollar. En effet, un tel événement était raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat. L'entreprise en a donc assumé le risque, vues également les clauses concernant le prix.<sup>1371</sup>

**Exemple 2 :** Selon une variante de la même illustration d'où est tiré l'exemple précédent, le constructeur n'est pas exonéré des conséquences de la non-livraison de l'uranium si, cinq ans après la conclusion du contrat, le marché mondial de ce minerai est accaparé par un groupe de spéculateurs texans, raison pour laquelle il ne peut se procurer le combustible qu'à un prix dix fois supérieur à celui qu'il peut réclamer à l'entreprise de services publics en vertu du contrat<sup>1372</sup>. Bien que le résultat juridique soit correct, le raisonnement par lequel on y arrive est critiquable dans la mesure où on a considéré que l'empêchement « était prévisible au moment de la conclusion du contrat. » En effet, aucun élément de l'état de fait ne laisse entendre qu'un débiteur diligent (ni excessivement optimiste, ni excessivement pessimiste) aurait prévu la spéculation. Par contre, la solution se justifie parce que les conséquences de l'empêchement ne sont pas insurmontables<sup>1373</sup>.

840. La condition analysée ici est commune tant à l'exonération de la responsabilité en raison d'un cas de force majeure qu'à la modification du rapport d'obligations à cause d'un changement notable des circonstances (*hardship*) : les deux conséquences juridiques nécessitent qu'un débiteur raisonnable n'aurait pas pris en considération l'événement perturbateur au moment de la conclusion du contrat<sup>1374</sup>. Cette correspondance n'a **rien d'étonnant** parce que l'une comme l'autre présupposent que le débiteur n'ait pas assumé le risque de l'événement qui perturbe l'accomplissement de la prestation due au moment de la conclusion du contrat, et que savoir quels sont les événements dont la personne

<sup>1370</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (ii) *ad* art. 8:108 PE. Cf. également PICHONNAZ, *exonération*, p. 190.

<sup>1371</sup> UNIDROIT, Illustr. 1 (1) *ad* art. 7.1.7 PU.

<sup>1372</sup> UNIDROIT, Illustr. 1 (3) *ad* art. 7.1.7 PU.

<sup>1373</sup> Sur le caractère insurmontable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 846.

<sup>1374</sup> A propos des conditions communes à la force majeure et au *hardship*, cf. le paragraphe III.1.4.2.D., notamment N 808.

qui contracte sans réserves assume le risque est une question d'interprétation du contrat réglée, en toute hypothèse, par l'art. 4.1 par. 2 PU et par l'art. 5:101 al. 3 PE.

841. On notera que, en conformité avec ces dispositions, la **personne qui conclut sans réserves assume également l'événement perturbateur** dont elle connaît, au moment de la conclusion du contrat, la survenance. Cette hypothèse est appréhendée par l'art. 6.2.2 let. a PU. En revanche, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE l'ignorent, peut-être parce qu'elle ne pose pas de problèmes majeurs. Néanmoins, le débiteur n'est alors pas exonéré de sa responsabilité.

842. La **situation juridique devrait être la même si le débiteur a effectivement prévu**, au moment de la conclusion du contrat, la survenance de l'événement perturbateur qui se réalise par la suite, même si celui-ci n'était pas raisonnablement prévisible.

C. *Un empêchement et des conséquences inévitables et insurmontables*

843. Selon, respectivement, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE, il faut, troisièmement, qu'on puisse admettre qu'un **débiteur raisonnable n'aurait pas pu prévenir ou surmonter l'empêchement**, ou les conséquences de celui-ci. Ces exigences sont formulées dans les Principes de la même manière qu'à l'art. 79 al. 1 CVIM, dont l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE reprennent le contenu<sup>1375</sup>.

844. Comme dans la réglementation de la Convention, prévenir l'empêchement ou, au moins, ses conséquences au sens de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE signifie adopter les mesures de prévention raisonnables pour que l'empêchement ne survienne pas, pour qu'il ne cause pas l'inexécution ou au moins pour que ses conséquences soient limitées à ce qui n'est pas (raisonnablement) évitable<sup>1376</sup>. On a vu que, en tant que condition de l'exonération, il est redondant d'exiger l'inévitabilité de l'empêchement (et de ses conséquences), parce que tout obstacle à une bonne exécution hors de la sphère d'influence du débiteur a, par définition, cette qualité. Plutôt, **cette exigence contribue à déterminer** si l'empêchement est effectivement hors de la sphère d'influence du débiteur, étant donné que l'obstacle a cette caractéristique s'il apparaît qu'il n'aurait pas eu de sens d'adopter des mesures autres que celles

---

<sup>1375</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1376</sup> Sur l'inévitabilité de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci) selon l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.3.C., notamment N 182.

qui ont été effectivement prises, pour en éviter la survenance ou, au moins, les conséquences sur le processus d'exécution de l'obligation<sup>1377</sup>.

845. **En pratique**, comme il résulte de la lettre de la loi et de la même manière que s'agissant du caractère imprévisible de l'obstacle à une bonne exécution<sup>1378</sup>, le critère pour juger si l'empêchement et ses conséquences sont inévitables réside en ce qu'on peut raisonnablement attendre du débiteur, en tant que débiteur diligent. Il faut qu'on puisse admettre que, objectivement et compte tenu des circonstances, un débiteur diligent, dans la même situation que le débiteur réel, n'aurait pas évité l'empêchement, ni les conséquences de celui-ci.<sup>1379</sup>

**Exemple 1 :** Dans une zone sujette à des tremblements de terre, le constructeur diligent d'un immeuble locatif évite les effets d'un éventuel séisme en employant des techniques de construction spéciales. En revanche, on ne peut pas raisonnablement attendre de lui qu'il construise l'édifice de sorte à ce que ce dernier soit virtuellement indestructible ou ne soit pas atteint par un séisme d'une intensité beaucoup plus importante que celle prévisible, à moins d'une clause contractuelle explicitement convenue par les parties.<sup>1380</sup>

846. En outre, il faut qu'on ne puisse raisonnablement attendre du débiteur qu'il surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci. On a vu que, de même que dans la réglementation de la Convention, exiger l'insurmontabilité de l'empêchement et des conséquences de celui-ci revient à affirmer que seul un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur qui soit raisonnablement insurmontable, et dont les conséquences sont raisonnablement insurmontables, peut être une cause pertinente de l'inexécution, susceptible d'exonérer le débiteur de sa responsabilité<sup>1381</sup>. Plutôt qu'une véritable condition de l'exonération, **cette exigence ne fait que préciser la qualité du lien de causalité requis** entre l'empêchement et l'inexécution, lien dont il faut donc juger avec sévérité<sup>1382</sup>. Il en résulte un régime qui est très exigeant envers le débiteur d'une obligation.

<sup>1377</sup> A propos du rapport entre l'inévitabilité d'un empêchement (et des conséquences de ce dernier) et le caractère « hors de la sphère d'influence du débiteur » du même empêchement, cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 829.

<sup>1378</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.B., notamment N 839.

<sup>1379</sup> Dans le même sens, en ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (iii) *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1380</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, *ibidem*.

<sup>1381</sup> A propos du rapport entre l'insurmontabilité d'un empêchement (et des conséquences de ce dernier) et le lien de causalité entre ce même empêchement et l'inexécution dans les réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 830. Sur le rapport entre l'insurmontabilité d'un empêchement (et des conséquences de celui-ci) et le lien de causalité entre ce même empêchement et l'inexécution au sens large dans la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.3.3.C., notamment N 187.

<sup>1382</sup> A propos de la grande rareté, en pratique, de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 822.

847. **En pratique**, comme pour le caractère inévitable de l'obstacle à une bonne exécution<sup>1383</sup>, le critère pour juger si l'empêchement et ses conséquences sont insurmontables réside en ce qu'on peut raisonnablement attendre du débiteur, en tant que débiteur diligent. Il faut qu'on puisse admettre que, objectivement et compte tenu des circonstances, un débiteur diligent, dans la même situation que le débiteur réel, n'aurait pas surmonté l'empêchement, ni les conséquences de celui-ci.<sup>1384</sup> PICHONNAZ relève que l'appréciation du caractère raisonnablement insurmontable d'un empêchement et de ses conséquences se fait « uniquement en relation avec la prestation » due, dans le sens qu'on ne tient pas compte de la contre-prestation, mais uniquement de la difficulté d'exécuter la dette en surmontant l'obstacle ou, au moins, les effets de celui-ci<sup>1385</sup>. Cela montre, encore une fois, la dureté avec laquelle on juge du lien de causalité exigé entre l'empêchement et l'inexécution.

**Exemple 2 :** Le débiteur diligent d'une dette portable surmonte les effets d'un blocage de la route de transport prévue par les parties en en aménageant une nouvelle<sup>1386</sup>.

**Exemple 3 :** Par contre, on ne peut pas raisonnablement attendre d'un débiteur qu'il adopte des mesures illégales afin d'esquiver les conséquences d'un empêchement (par exemple, faire passer des fonds en contrebande pour contourner une interdiction de les transférer)<sup>1387</sup>.

#### D. *Le cas particulier du tiers chargé d'accomplir la prestation due*

848. Ni les Principes d'UNIDROIT ni les Principes européens **ne reprennent expressément l'art. 79 al.2 CVIM**<sup>1388</sup>, qui, dans la réglementation de la Convention, énonce une règle spéciale par rapport à celle générale de l'art. 79 al.1 CVIM<sup>1389</sup>.

849. Bien que l'art. 79 al.2 CVIM n'ait pas été repris expressément, HARTKAMP considère que la même règle de droit résulte du concept de force majeure tel qu'il a été défini à l'art. 7.1.7 par. 1 PU<sup>1390</sup>. De même, PICHONNAZ arrive à la conclusion que l'art. 8:108 al.1 PE règle la situation dans laquelle le débiteur

---

<sup>1383</sup> Pour l'appréciation du caractère inévitable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. *supra*, notamment N 845.

<sup>1384</sup> Dans le même sens PICHONNAZ, *exonération*, p. 192 ; ainsi que, en ce qui concerne les Principes européens, COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (iii) *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1385</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 194.

<sup>1386</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 192 avec réf.

<sup>1387</sup> S'agissant des Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (iii) *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1388</sup> S'agissant de l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4., p. 66, N 189 ss.

<sup>1389</sup> Concernant le rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>1390</sup> HARTKAMP, *unidroit*, p. 95.

fait appel à des tiers pour exécuter l'une de ses obligations de la même manière que l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>1391</sup>. Comme l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE correspondent<sup>1392</sup>, chacune des constatations de ces auteurs vaut matériellement tant pour la réglementation des Principes d'UNIDROIT que pour celle des Principes européens. Dans la situation visée, il n'y a donc **pas de différences quant au résultat juridique** selon qu'on applique l'art. 79 al. 2 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE.

850. On arrive à ce constat également par le raisonnement logique suivant. L'art. 79 al. 2 CVIM ne fait qu'explicitier la règle générale de l'art. 79 al. 1 CVIM pour un cas particulier, sans en modifier le contenu matériel<sup>1393</sup>; autrement dit, lorsqu'un débiteur charge un tiers d'accomplir la prestation due, sa responsabilité est la même qu'on applique la deuxième ou la première de ces dispositions. Par conséquent, étant donné que l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE reprennent l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>1394</sup>, il ne peut logiquement pas y avoir de différences de contenu entre, d'une part, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE et, d'autre part, l'art. 79 al. 2 CVIM.

851. Les observations de HARTKAMP et de PICHONNAZ susmentionnées **corroborent, indirectement, l'analyse** qui a été réalisée dans la première partie de cette étude quant au rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM. En effet, si l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE règlent la situation dans laquelle un débiteur recourt à un tiers pour faire exécuter une obligation de la même manière que l'art. 79 al. 2 CVIM et que l'art. 7.1.7 par. 1 PU, l'art. 8:108 al. 1 PE et l'art. 79 al. 1 CVIM prévoient la même règle de droit, alors il faut admettre que l'application de cette dernière disposition permet d'atteindre le même résultat juridique que celle de l'art. 79 al. 2 CVIM.

852. Dans la réglementation de la Convention, vu le rapport qui existe entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, la ligne de partage entre les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas est, sous l'angle matériel, prévue par une norme générale et unique: l'art. 79 al. 1 CVIM<sup>1395</sup>. On fait la même constatation au sujet de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de

<sup>1391</sup> PICHONNAZ, *exonération*, p. 186. Concernant les conditions de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., p. 281, N 819 ss.

<sup>1392</sup> Sur la correspondance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1393</sup> A propos du fait que l'art. 79 al. 2 CVIM ne fait qu'explicitier l'art. 79 al. 1 CVIM pour une situation particulière, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., notamment N 194.

<sup>1394</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1395</sup> A propos de l'art. 79 al. 1 CVIM en tant que norme générale et unique déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 280.



l'art. 8:108 al. 1 PE, qui d'ailleurs sont **des normes générales et uniques** non seulement du point de vue matériel, mais **également sous l'angle formel**, étant donné que les Principes ne prévoient notamment pas de disposition telle que l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>1396</sup>.

853. Quoiqu'elles aient déjà été approfondies dans les paragraphes précédents (III.1.4.3.A. à III.1.4.3.C., N 826 ss), il est opportun, en raison de l'importance de l'hypothèse, de **préciser les conditions de l'exonération due à la force majeure** relativement à la situation dans laquelle un débiteur charge une tierce personne (dépendante ou indépendante<sup>1397</sup>) d'exécuter l'une de ses obligations et que le créancier n'obtient pas de bonne exécution de la prestation due. Ces précisions permettront également de maintenir un certain parallélisme entre ce chapitre et celui décrivant la réglementation de la Convention. Par contre, elles seront inévitablement peu nombreuses, parce que les Principes sont plutôt silencieux sur la question.

854. On a vu qu'en matière de responsabilité, l'art. 8:107 PE impute explicitement au débiteur les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là<sup>1398</sup>. La même imputation a lieu implicitement dans le système des Principes d'UNIDROIT<sup>1399</sup>. Il est, dès lors, indifférent que l'inexécution résulte directement des agissements du débiteur ou de ceux de la tierce personne et, de fait, tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur. Par conséquent, le commentaire de l'art. 8:108 PE énonce que, lorsque l'inexécution est reconductible aux agissements d'une tierce personne dont les actes sont imputés au débiteur, ce dernier n'est pas responsable s'il prouve que, objectivement et compte tenu des circonstances, l'inexécution est due à **un empêchement hors de sa sphère d'influence et de celle du tiers**, en tant que débiteur diligent<sup>1400</sup>. Cette manière d'exprimer les conditions de l'exonération est proche de celle retenue à l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>1401</sup>.

855. Le commentaire de l'art. 7:106 PE indique que, pour que le débiteur soit exonéré en vertu de l'art. 8:108 al. 1 PE lors d'une **inexécution** par un tiers dont les actes lui sont imputables, il faut que cette dernière soit **due à un empê-**

---

<sup>1396</sup> Sur le fait que les Principes ne reprennent pas expressément l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. *supra*, notamment N 848.

<sup>1397</sup> Sur l'imputabilité au débiteur du fait d'autrui indépendamment de ce que ce dernier soit dépendant ou indépendant, cf. le paragraphe III.1.1.3.B., notamment N 661.

<sup>1398</sup> A propos de l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur selon l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658.

<sup>1399</sup> S'agissant de l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de responsabilité, cf. le paragraphe III.2.3.1.B., p. 324, N 935 ss.

<sup>1400</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C (i) *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1401</sup> S'agissant des conditions de l'exonération selon l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.C., p. 73, N 210.

**chement qui aurait également excusé le débiteur**, si celui-ci avait agi lui-même comme la tierce personne<sup>1402</sup>.

856. Ce commentaire exprime **la même idée**, selon laquelle tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur, mais par une formulation qui diffère de celle susmentionnée, proche de l'art. 79 al. 2 CVIM. Par contre, cette deuxième énonciation de la preuve libératoire est similaire à celle retenue à l'art. 101 al. 1 CO<sup>1403</sup>, dont nous préférons l'approche<sup>1404</sup>.

#### 1.4.4. Les effets

857. On analysera d'abord quel est l'effet libératoire sur l'obligation inexécutée (A.), ensuite on traitera de l'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations qui lie les parties (B.) et, enfin, de l'obligation d'avertir pour le débiteur exonéré de responsabilité (C.).

##### A. *L'effet libératoire sur l'obligation inexécutée*

858. Comme dans la réglementation de la Convention, si les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont réalisées, **le débiteur est « exonéré des conséquences de son inexécution »** (art. 7.1.7 par. 1 PU et art. 8:108 al. 1 PE)<sup>1405</sup>. Autrement dit, il est libéré de sa responsabilité<sup>1406</sup>.

859. Tant **l'art. 7.1.7 par. 2 PU** que **l'art. 8:108 al. 2 PE** lient l'effet libératoire de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE à la durée de l'empêchement : le débiteur n'est exonéré de sa responsabilité que **tant que l'empêchement dure**. Il est, en effet, communément admis que, lorsque l'obstacle à une bonne exécution n'est que temporaire, l'exonération ne doit, en principe, être que passagère<sup>1407</sup>.

860. La conséquence juridique de l'art. 8:108 al. 2 PE, c'est-à-dire la limitation temporelle de l'effet libératoire, est exprimée de la même manière qu'à l'art. 79 al. 3 CVIM<sup>1408</sup>. Ces deux dispositions prévoient que l'exonération

<sup>1402</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 7:106 PE.

<sup>1403</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

<sup>1404</sup> Sur la manière préférable de construire le raisonnement hypothétique entre celle de l'art. 79 al. 1 CVIM et celle de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.4.2.C., notamment N 547.

<sup>1405</sup> Concernant l'effet libératoire de l'art. 79 CVIM par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., p. 77, N 219 ss.

<sup>1406</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 381.

<sup>1407</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment E *ad* art. 8:108 PE, p. 382.

<sup>1408</sup> A propos de l'art. 79 al. 3 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., notamment N 221.

produit effet « pendant la durée de l'empêchement. »<sup>1409</sup> L'art. 7.1.7 par. 2 PU se distancie de cette formulation et en adopte une autre plus flexible, selon laquelle l'effet exonératoire se produit « pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat. »<sup>1410</sup> Or, la question cruciale en vue de l'application de ces articles est celle de savoir quel est l'effet de l'empêchement sur l'exécution de l'obligation, plus que celle de la durée de l'empêchement au sens strict. En effet, toutes ces dispositions entendent libérer le débiteur de sa responsabilité pendant qu'on ne peut pas attendre de lui que la prestation due soit accomplie, et durant cette période uniquement. Dès lors, il peut parfois se justifier que la durée de l'exonération soit plus (ou, le cas échéant, moins) longue que la durée de l'empêchement au sens strict.<sup>1411</sup> La manière d'exprimer la conséquence juridique retenue à l'**art. 7.1.7 par. 2 PU** rend compte de cet aspect et donc est **préférable**.

861. Elle est vue comme une **première amélioration** de la réglementation en la matière<sup>1412</sup>. Par contre, l'amélioration n'est que **formelle** : les différences rédactionnelles susmentionnées n'impliquent pas de divergences de contenu. Ainsi, le commentaire de l'art. 8:108 PE précise qu'il faut comprendre l'empêchement dans un sens large, incluant (également) les conséquences de ce dernier<sup>1413</sup>.

**Exemple :** Le dépôt de matières premières d'un producteur pharmaceutique est inondé, ce dont, par hypothèse, ce dernier ne répond pas, et les substances qui s'y trouvent sont rendues inutilisables. Le producteur est alors exonéré des retards de livraison à ses clients qui en résultent, non seulement pour le temps pendant lequel l'inondation a duré, mais également pour la période nécessaire au réapprovisionnement en matières premières<sup>1414</sup>. Autrement dit, l'arrêt de production que l'inondation a causé est, d'une certaine manière, plus pertinent que la durée de cette dernière en elle-même.

862. L'art. 7.1.7 par. 4 PU et l'art. 8:101 al. 2 PE **précisent sur quels moyens résultant de l'inexécution se produit l'effet libératoire**, alors que l'art. 79 al. 5 CVIM ne présente pas de telle énumération à cause d'une attitude prudente de ses auteurs et traite de l'effet exonératoire en relation avec la seule prétention en réparation du dommage<sup>1415</sup>.

---

<sup>1409</sup> En anglais, « for the period during which the impediment exists. »

<sup>1410</sup> En anglais, « for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. » Dans le même sens HARTKAMP, *unidroit*, p. 95.

<sup>1411</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.7 PU, p. 177, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment E *ad* art. 8:108 PE, p. 382.

<sup>1412</sup> Notamment HARTKAMP, *unidroit*, p. 95 s. et 98.

<sup>1413</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment E *ad* art. 8:108 PE, p. 382.

<sup>1414</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 5 *ad* art. 8:108 PE

<sup>1415</sup> A propos de l'art. 79 al. 5 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., notamment N 222.

863. Leur approche est donc plus complète que celle de l'art. 79 al. 5 CVIM, ce qui est considéré comme une **deuxième amélioration formelle** des règles en matière d'effets de la force majeure par rapport à la réglementation de la Convention<sup>1416</sup>.

864. **En pratique**, toutefois, comme dans la réglementation de la Convention, le créancier insatisfait ne peut demander ni l'exécution en nature<sup>1417</sup>, ni le paiement d'un dédommagement, tant que l'empêchement dure, ce qui résulte clairement tant de l'**art. 7.1.7 par. 4 a contrario PU** que de l'**art. 8:101 al. 2 PE**. En effet, toute exécution réelle est, par définition, impossible lorsque les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont remplies<sup>1418</sup>. Le débiteur est alors exonéré du paiement de tout type de dédommagement, y compris de celui d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale, à moins que les parties n'aient valablement dérogé aux règles prévues par les Principes<sup>1419</sup>. Le créancier peut, néanmoins, exiger des intérêts en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent<sup>1420</sup>.

865. Enfin, comme dans la réglementation de la Convention, **l'effet libératoire n'est que partiel** si seule une partie de la prestation due par le débiteur n'a pas été fournie en raison d'un empêchement hors de la sphère d'influence de ce dernier<sup>1421</sup>. Le créancier peut alors exiger l'exécution partielle de l'obligation, c'est-à-dire l'accomplissement de la prestation dans la mesure où cela est encore possible, s'il ne l'a pas déjà obtenu<sup>1422</sup>.

*B. L'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations  
(art. 7.1.7 par. 4 PU et 8:101 al. 2 PE)*

866. Comme dans la réglementation de la Convention, **l'art. 7.1.7 par. 4 PU** sous-entend que **l'accord entre les parties n'est pas (directement) affecté** par la réalisation des conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU<sup>1423</sup>. En particulier, le contrat

<sup>1416</sup> Notamment HARTKAMP, *unidroit*, p. 96 et 98.

<sup>1417</sup> Sur l'exclusion de l'action en exécution réelle lorsque les conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM sont remplies, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., notamment N 224.

<sup>1418</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 381 ; ainsi que LANDO, *Non-Performance*, p. 508.

<sup>1419</sup> Concernant l'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale en vertu des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.2.F., p. 281, N 816 ss.

<sup>1420</sup> A propos des intérêts en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, cf. le paragraphe III.1.3.2.F., notamment N 755.

<sup>1421</sup> Sur l'effet libératoire partiel selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.1.3.5.A., notamment N 220.

<sup>1422</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 382.

<sup>1423</sup> Concernant l'absence d'effet direct sur le rapport d'obligations de la réalisation des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.B., p. 78, N 225 ss.

ne prend pas fin *ipso iure*. Ainsi, le débiteur reste tenu par l'obligation inexécutée et le créancier tenu de fournir la contrepartie promise. Cependant, des droits formateurs permettant à ce dernier de modifier unilatéralement la situation juridique sont prévus. Le créancier insatisfait peut notamment « résoudre le contrat » (art. 7.3.1 PU). Il faut évidemment que les conditions de ces droits soient remplies.<sup>1424</sup>

867. **L'art. 8:101 al. 2 PE sous-entend, en principe, la même règle.** Ainsi, le contrat n'est pas éteint automatiquement, mais le créancier insatisfait peut le « résoudre » (art. 9:301 PE), si les conditions de ce droit sont réalisées. En particulier, il faut qu'il manifeste au débiteur sa volonté de mettre fin au contrat (art. 9:303 al. 1 PE).<sup>1425</sup>

868. Cependant, les auteurs des Principes européens ont considéré qu'il aurait été inutile de permettre au créancier de choisir de maintenir le contrat ou de s'en départir, lorsque l'exécution de ce dernier est devenue totalement et durablement impossible<sup>1426</sup>. Dès lors, **l'art. 9:303 al. 4 PE prévoit l'exception suivante** : si une partie est exonérée de sa responsabilité en raison d'un empêchement total et permanent, le contrat est résolu à compter de la survenance de l'empêchement, de plein droit et sans qu'il soit nécessaire aucune manifestation de volonté.

869. Comme pour toute exception, il faut **admettre strictement l'application de cette disposition**, ce qu'indique le texte même de cette dernière. Ainsi, l'empêchement doit être « absolu et permanent »<sup>1427</sup>. La manifestation de volonté reste nécessaire si l'obstacle à une bonne exécution n'est pas total, mais uniquement partiel, c'est-à-dire si seule est empêché l'exécution d'une partie de l'obligation principale ou celle d'une obligation accessoire. En effet, la situation juridique n'est alors pas univoque, parce que, d'une part, le créancier peut, néanmoins, préférer de maintenir le contrat pour en obtenir l'exécution partielle et, d'autre part, le débiteur défaillant peut proposer l'accomplissement des prestations dues aux conditions où cela est encore possible.<sup>1428</sup> De même, une déclaration mettant fin au contrat de la part du créancier insatisfait reste nécessaire si l'empêchement n'est pas durable, mais uniquement temporaire, c'est-à-dire s'il paraît possible que l'obstacle à une bonne exécution disparaîtra avant le moment à partir duquel, de par son objet ou la volonté des parties, le

---

<sup>1424</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.1.7 PU.

<sup>1425</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 381.

<sup>1426</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 381.

<sup>1427</sup> En anglais, « total and permanent ».

<sup>1428</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 8:108 PE, p. 382, et Comment D *ad* art. 9:303 PE. Sur l'effet libératoire partiel, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 865.

contrat ne peut plus être exécuté<sup>1429</sup>. Enfin, puisque la question est de savoir si le rapport d'obligations prend fin *ipso iure*, il faut déterminer si l'empêchement est total et durable par rapport au contrat dans son ensemble, et non en relation avec une simple obligation. L'optique d'analyse est donc différente de celle du paragraphe précédent (III.1.4.4.A., N 858 ss), dans lequel on a traité de l'effet libératoire sur la seule obligation inexécutée.

870. Par prudence, notamment pour éviter que la résolution automatique prévue à l'art. 9:303 al. 4 PE ne soit un piège plus qu'autre chose, le créancier insatisfait qui veut ne plus être lié par le contrat a **intérêt à déclarer au débiteur qu'il y met fin** s'il n'est pas absolument sûr que les conditions d'application de cette disposition sont remplies. Il accomplit alors un acte dont il aurait pu, peut-être, faire l'économie, mais au moins il est certain d'atteindre l'effet juridique voulu. En effet, si le créancier n'a pas entre-temps déclaré mettre fin au contrat, dès que l'obstacle à une bonne exécution se révèle pour n'être qu'un empêchement temporaire et qu'il disparaît, le débiteur est à nouveau tenu (et en droit) de fournir la prestation due et le créancier d'exécuter la contrepartie promise (art. 9:401 PE), le premier n'étant libéré que de l'indemnisation du dommage que le deuxième a subi suite au retard dans l'exécution.

### C. *L'obligation d'avertir (art. 7.1.7 par. 3 PU et 8:108 al. 3 PE)*

871. **L'art. 7.1.7 par. 3 phr. 1 PU et l'art. 8:108 al. 3 phr. 1 PE** prévoient l'**obligation (accessoire)** pour le débiteur défaillant d'avertir l'autre partie, dans un délai raisonnable, de l'existence de l'empêchement et des conséquences de celui-ci sur l'exécution du rapport d'obligations.

872. Le **but** de cette notification est de permettre au créancier de prendre des mesures susceptibles d'éviter les effets dommageables de l'inexécution et, dans cette optique, de lui faciliter notamment l'exercice des droits formateurs mentionnés dans le paragraphe précédent (III.1.4.4.B., N 866 ss)<sup>1430</sup>.

873. On considère que l'art. 7.1.7 par. 3 PU et l'art. 8:108 al. 3 PE constituent une **application du principe de la bonne foi**, qui est à la base de l'ensemble des Principes<sup>1431</sup>.

874. Malgré des différences rédactionnelles, l'art. 7.1.7 par. 3 PU et l'art. 8:108 al. 3 PE **ne divergent pas de l'art. 79 al. 4 CVIM** sous l'angle du contenu<sup>1432</sup>.

<sup>1429</sup> Dans le même sens COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. ad art. 9:303 PE. Sur la durée de l'effet libératoire selon les art. 7.1.7 par. 2 PU et 8:108 al. 2 PE, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 859.

<sup>1430</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F ad art. 8:108 PE.

<sup>1431</sup> UNIDROIT, Comment. 1 ad art. 1.7 PU, et COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F ad art. 8:108 PE.

<sup>1432</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Note 3 ad art. 8:108 PE. S'agissant de l'art. 79 al. 4 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.5.C., p. 79, N 228 ss.

875. L'obligation prévue à l'art. 7.1.7 par. 3 phr. 1 PU et à l'art. 8:108 al. 3 phr. 1 PE **doit être traitée comme toute autre obligation** prévue par les Principes. Elle a été codifiée à l'art. 7.1.7 par. 3 PU et à l'art. 8:108 al. 3 PE simplement parce qu'elle est étroitement liée à la problématique de l'exonération du débiteur en cas de contravention à une (autre) obligation.

876. Ainsi, son inexécution n'affecte pas l'effet libératoire de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE par rapport à l'obligation (autre) dont l'exécution est empêchée<sup>1433</sup>. Toutefois, **le débiteur doit réparer le préjudice (supplémentaire)** que le créancier subit parce qu'il n'a pas fait arriver la notification à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement (art. 7.1.7 par. 3 phr. 2 PU et 8:108 al. 3 phr. 2 PE). Il est responsable de cette inexécution aux mêmes conditions qu'il l'est de toute autre<sup>1434</sup>.

877. Le commentaire de l'art. 8:108 PE précise notamment **qu'on décide de la durée raisonnable du délai en fonction des circonstances** et qu'il est même possible que la notification doive, parfois, être immédiate. De même, la bonne foi peut exiger de la part du débiteur défaillant qu'il fasse deux notifications successives : une première, rapidement, pour communiquer l'existence de l'empêchement, même s'il n'en connaît pas encore les effets sur l'exécution du rapport d'obligations, et une deuxième, dès qu'il aura connaissance de ces derniers, pour informer le créancier de quelles seront ces conséquences.<sup>1435</sup>

**Exemple** (même état de fait que l'exemple du paragraphe III.1.4.4.A., N 861) : Le dépôt de matières premières d'un producteur pharmaceutique est inondé, ce dont, par hypothèse, ce dernier ne répond pas, et les substances qui s'y trouvent sont rendues inutilisables. Le producteur doit alors informer ses clients de la survenance de cet événement. Il doit également leur communiquer, le cas échéant dans un deuxième temps s'il n'en a pas connaissance tout de suite, quels seront les retards dans la livraison des produits commandés en raison de l'arrêt de production pendant la période nécessaire au réapprovisionnement en matières premières.<sup>1436</sup>

---

<sup>1433</sup> Concernant l'effet libératoire des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE par rapport à l'obligation inexécutée, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., p. 297, N 858 ss.

<sup>1434</sup> Dans le même sens, en ce qui concerne les Principes européens, COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1435</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment F *ad* art. 8:108 PE.

<sup>1436</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Illustr. 7 *ad* art. 8:108 PE

### 1.4.5. Le fardeau de la preuve

878. Comme dans la réglementation de la Convention<sup>1437</sup> et conformément à la lettre des Principes, **le débiteur supporte le fardeau de la preuve** que les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou, respectivement, de l'art. 8:108 al. 1 PE sont réalisées<sup>1438</sup>.

## 2. Caractéristiques des réglementations

879. Les caractéristiques des réglementations des Principes ont déjà été **présentées, en très large partie, dans le chapitre qui précède** (III.1., N 625 ss). Par exemple, on a vu que les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens n'ont pas de portée législative directe<sup>1439</sup>. De même, on a vu que les réglementations sont très largement autonomes et que leurs auteurs ont voulu notamment qu'elles soient les plus indépendantes possible par rapport aux droits nationaux<sup>1440</sup>; ou que les systèmes qui dans les Principes traitent des conséquences de l'inexécution (au sens large)<sup>1441</sup> des obligations s'apparentent à celui de la Convention<sup>1442</sup>.

880. Le **but de ce chapitre** n'est pas de revenir systématiquement sur tous les éléments caractéristiques des réglementations. Il s'agit, plutôt, de mettre en évidence les caractéristiques intéressant une réflexion sur la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires et sur le système bipartite du droit interne suisse. Autrement dit, ce qui suit est principalement une synthèse des éléments des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens qu'il est intéressant de souligner en vue de l'analyse comparative.

881. Pour ce faire, **dans ce chapitre** on traitera d'abord de l'ample concordance des réglementations (III.2.1.); ensuite, on se concentrera sur le régime de la responsabilité du débiteur prévu par les Principes (III.2.2.) et enfin sur les caractéristiques de l'imputation aux parties au rapport d'obligations du fait

<sup>1437</sup> Concernant le fardeau de la preuve par rapport à l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.6., p. 80, N 233 s.

<sup>1438</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C ad art. 8:108 PE, p. 380, et Comment C (iii) ad art. 8:108 PE.

<sup>1439</sup> Sur l'absence de portée législative directe des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 611.

<sup>1440</sup> A propos du caractère autonome des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 619.

<sup>1441</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1442</sup> Sur la similarité des systèmes traitant de l'inexécution dans les Principes avec celui de la Convention, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 628.



d'autrui (III.2.3.). On pourra, le plus souvent, aborder les éléments caractéristiques des réglementations **de manière synthétique**, avant tout pour deux raisons : l'ampleur du premier chapitre de cette partie et la possibilité de se référer au chapitre consacré aux caractéristiques de la réglementation de la Convention (I.2., N 235 ss) en raison de la similarité des systèmes.

## 2.1. Ample concordance des réglementations

882. Les pages qui précèdent de cette troisième partie montrent à quel point le résultat le plus frappant d'une comparaison entre les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens consiste en **leur ample concordance** : non seulement le choix des sujets abordés, l'ordre des chapitres et la manière de formuler les dispositions sont similaires<sup>1443</sup>, mais très souvent les solutions adoptées sont également les mêmes ou comparables<sup>1444</sup>. Ce constat s'impose en tout cas par rapport à la matière analysée dans cette étude.

883. L'ample concordance constatée est particulièrement intéressante en considération du fait que les deux instruments d'harmonisation sans portée législative directe **définissent leurs champs d'application respectifs de manière différente**, au moins sous trois aspects (Préambule al. 1 PU et art. 1:101 al. 1 PE). Premièrement, les Principes d'UNIDROIT énoncent des règles « propres à régir les contrats du commerce », l'idée poursuivie étant principalement d'exclure de leur champ d'application les contrats conclus par des consommateurs<sup>1445</sup>, alors que les Principes européens ne font pas cette distinction<sup>1446</sup>. Deuxièmement, les Principes d'UNIDROIT ont été conçus essentiellement pour des contrats internationaux, concept qu'il faut interpréter de la manière la plus large possible afin de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international (c'est-à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat en question n'ont de lien qu'avec un seul pays ou ordre juridique national)<sup>1447</sup> ; en revanche, les Principes européens appréhendent en général tout type de contrat, qu'il soit international ou strictement national<sup>1448</sup>.

---

<sup>1443</sup> Sur la similarité des réglementations des Principes quant au choix des sujets abordés et à l'ordre des chapitres, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 605. Sur la similarité des réglementations des Principes quant à la manière de formuler les dispositions, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 609.

<sup>1444</sup> Sur la similarité des réglementations des Principes quant aux solutions adoptées, cf. le chapitre III.1., *passim*.

<sup>1445</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* Préambule PU.

<sup>1446</sup> Cf., par exemple, DutchComm-HONDIUS, N 4, p. 15, et WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 515 s.

<sup>1447</sup> UNIDROIT, Comment. 1 *ad* Préambule PU ; ainsi que BONELL, «Codice», p. 74 s.

<sup>1448</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 1:101 PE ; BONELL, «Codice», 370 ; WERRO/BELSER, *UNIDROIT Grundregeln*, p. 513 n. 6.

Troisièmement, ces derniers sont destinés à s'appliquer (uniquement) dans l'Union européenne, alors que les autres ont une vocation mondiale<sup>1449</sup>.

884. **Dans ce sous-chapitre**, il s'agira de mettre encore en évidence que parfois les réglementations des deux textes internationaux concordent malgré des formulations différentes (III.2.1.1.). On relèvera ensuite qu'en raison de cette grande concordance les solutions adoptées dans l'un peuvent servir pour combler les silences de l'autre (III.2.1.2.). On soulignera enfin que, par rapport en tout cas à la matière analysée dans cette étude, les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens confirment celle de la Convention, sans oublier toutefois de citer les quelques innovations et améliorations que la description de celles-là a fait ressortir (III.2.1.3.).

### 2.1.1. Un contenu concordant malgré parfois des formulations différentes

885. Dans le chapitre précédent (III.1., N 625 ss), où les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens ont été décrites, on a observé que quelquefois la solution adoptée dans les deux instruments d'harmonisation est **la même bien qu'elle soit exprimée différemment**.

**Exemple 1 :** L'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE diffèrent quant aux termes par lesquels sont exprimé les conditions auxquelles une clause exonératoire n'opère pas ; néanmoins, ces variations terminologiques n'impliquent vraisemblablement pas de divergences de contenu<sup>1450</sup>.

**Exemple 2 :** L'art. 7.1.7 par. 2 PU et l'art. 8:108 al. 2 PE, qui lient l'effet libératoire de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE à la durée de l'empêchement, divergent par la manière d'exprimer la conséquence juridique ; néanmoins, bien que la formulation retenue à l'art. 7.1.7 par. 2 PU soit préférable en soi<sup>1451</sup>, les différences rédactionnelles n'impliquent pas de divergences de contenu<sup>1452</sup>.

**Exemple 3 :** L'art. 7.1.7 par. 3 PU et l'art. 8:108 al. 3 PE, qui prévoient l'obligation pour le débiteur défaillant d'informer l'autre partie de l'empêchement dans un délai raisonnable, sont formulés différemment, mais ne divergent pas sous l'angle du contenu<sup>1453</sup>.

<sup>1449</sup> DutchComm-HONDIUS, N 4, p. 15 ; BONELL, « *Codice* », p. 370.

<sup>1450</sup> A propos des différences rédactionnelles des art. 7.1.6 PU et 8:109 PE n'impliquant pas de divergences de contenu, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., notamment N 761.

<sup>1451</sup> Sur la formulation préférable de l'art. 7.1.7 par. 2 PU, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 860.

<sup>1452</sup> Pour les différences rédactionnelles des art. 7.1.7 par. 2 PU et 8:108 al. 2 PE n'impliquant pas de divergences de contenu, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 861.

<sup>1453</sup> Sur les différences rédactionnelles des art. 7.1.7 par. 3 PU et 8:108 al. 3 PE n'impliquant pas de divergences de contenu, cf. le paragraphe III.1.4.4.C., notamment N 874.

886. Une règle des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens est **parfois exprimée différemment dans une langue seulement**, alors qu'elle l'est de la même manière dans une autre. Le plus souvent on doit alors admettre que les variations terminologiques n'impliquent pas de différences de contenu en raison déjà de la constance de formulation dans cette autre langue. Tel est surtout le cas si la règle de droit est formulée de la même manière dans sa version en anglais, c'est-à-dire dans l'idiome qui s'est progressivement imposé comme langue de travail pendant l'élaboration des Principes<sup>1454</sup>. Il est, en effet, facile dans cette hypothèse d'admettre que les différences s'expliquent plutôt par des raisons stylistiques, liées notamment au fait que chaque traducteur s'est concentré sur le seul texte qu'il devait traduire.

**Exemple 4 :** Dans leur version en anglais, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE énoncent les conditions de l'exonération de la responsabilité en employant les mêmes termes, alors qu'ils diffèrent quant à la formulation de la première des conditions dans leur version en français ; néanmoins, étant donné notamment que cette condition est exprimée de la même manière dans la version en anglais, il faut admettre que les différences rédactionnelles en français n'impliquent pas de divergences de contenu<sup>1455</sup>.

887. Dès lors, en tout cas par rapport à la matière analysée dans cette étude, la seule constatation de différences rédactionnelles ne suffit pas pour admettre des divergences de contenu entre la réglementation des Principes d'UNIDROIT et celle des Principes européens. Au contraire, les réglementations concordent très souvent, malgré parfois des formulations différentes, ce qui **confirme la grande concordance des réglementations des Principes**<sup>1456</sup>.

### 2.1.2. Des réglementations se complétant mutuellement

888. En raison de la grande concordance des réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens<sup>1457</sup>, il se justifie que, face au silence de l'une des deux, **on se réfère à la disposition pertinente de l'autre**, à moins que, par rapport à la question posée, il existe des raisons particulières qui empêchent ce comblement mutuel.

**Exemple 1 :** Seuls les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU explicitent que le créancier est déchu de ses droits non seulement lorsque l'inexécution est due à ses propres actes, mais également lorsqu'elle résulte d'autres événements dont il supporte le

---

<sup>1454</sup> Pour ce qui concerne les Principes européens, cf. DutchComm-HONDIUS, N 7, p. 17.

<sup>1455</sup> Sur les variations terminologiques des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE en français, cf. le paragraphe III.1.4, notamment N 779.

<sup>1456</sup> Sur l'ample concordance des réglementations des Principes, cf. également l'introduction du sous-chapitre III.2.1., notamment N 882.

<sup>1457</sup> A propos de la grande concordance des réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.2.1.1., notamment N 887.

risque, notamment du fait de personnes dont il répond ; néanmoins, puisque aucun élément de la réglementation des Principes européens ne laisse penser le contraire, cela vaut également lors de l'application de l'art. 8:101 al. 3 PE, ce que confirme une illustration de cette disposition<sup>1458</sup>.

**Exemple 2 :** Seul l'art. 8:107 PE définit le tiers dont les actes sont imputés au débiteur lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité de ce dernier à la suite d'une inexécution ; néanmoins, on peut admettre que cette définition est pertinente également pour les Principes d'UNIDROIT, car aucun élément de la réglementation de ces derniers ne laisse penser le contraire<sup>1459</sup>.

889. De manière analogue, lors de l'application d'un des deux instruments d'harmonisation, **on peut se référer aux explications supplémentaires** qui font partie intégrante de la réglementation de l'autre, notamment le commentaire officiel<sup>1460</sup>, s'il n'y a pas de motifs particuliers excluant la pertinence de celles-là.

**Exemple 3 :** Par rapport à la manière selon laquelle le juge, ou l'arbitre, doit faire usage du large « pouvoir modérateur » fondé sur l'équité que lui attribuent l'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE pour décider de l'invalidité des clauses exonératoires, le commentaire du premier article indique qu'il faut tenir compte des circonstances, notamment du but du contrat et de ce qu'une partie pouvait légitimement espérer de l'exécution de ce dernier, et celui du deuxième qu'une inobservance intentionnelle des termes du contrat peut justifier à elle seule l'invalidité de la clause<sup>1461</sup>. Or, l'art. 7.1.6 PU et l'art. 8:109 PE concordent malgré des formulations différentes<sup>1462</sup>. En outre, les deux précisions sont compatibles l'une avec l'autre, car la deuxième indication est une manière de prendre en compte une circonstance particulière, ce qui correspond à ce qui est voulu par la première précision. Dès lors, on doit admettre que les deux commentaires se complètent mutuellement.

**Exemple 4 :** Par rapport à l'obligation pour le débiteur défaillant d'informer l'autre partie de l'empêchement dans un délai raisonnable, le commentaire de l'art. 8:108 PE précise notamment que la durée de ce délai dépend des circonstances et que, par exemple, la bonne foi peut parfois exiger que le débiteur fasse deux notifications successives (une, rapidement, pour communiquer l'existence de l'obstacle à une bonne exécution et une deuxième pour dire quel-

<sup>1458</sup> Pour l'imputation au créancier, lors de l'application des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, 8:101 al. 3 et 9:504 PE, de l'acte d'une tierce personne dont il répond, cf. le paragraphe III.1.2.3.A., notamment N 687.

<sup>1459</sup> Sur le comblement des Principes d'UNIDROIT par les Principes européens pour la définition du tiers dont répond le débiteur, cf. le paragraphe III.1.1.3.B., notamment N 661.

<sup>1460</sup> A propos des commentaires officiels et illustrations, qui font partie intégrante des réglementations des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 610.

<sup>1461</sup> A propos du large « pouvoir modérateur » que les art. 7.1.6 PU et 8:109 PE attribuent au juge, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., notamment N 762.

<sup>1462</sup> A propos des différences rédactionnelles des art. 7.1.6 PU et 8:109 PE n'impliquant pas de divergences de contenu, cf. le paragraphe III.1.3.3.B., notamment N 761.

les seront les conséquences de ce dernier)<sup>1463</sup>, alors que celui de l'art. 7.1.7 PU n'apporte pas ces précisions. Puisque l'art. 7.1.7 par. 3 PU et l'art. 8:108 al. 3 PE concordent malgré des formulations différentes<sup>1464</sup>, on doit considérer que les indications du commentaire de l'art. 8:108 PE sont pertinentes également lors de l'application de l'art. 7.1.7 par. 3 PU.

**Exemple 5 :** Le commentaire de l'art. 7.4.2 PU précise que le lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice doit être « suffisant », c'est-à-dire d'une certaine qualité<sup>1465</sup>. Celui de l'art. 9:501 PE que la chaîne de causalité est interrompue lorsqu'il survient un événement qui aurait produit le préjudice que subit le créancier même si l'obligation inexécutée avait été dûment exécutée<sup>1466</sup>. Or, les réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts concordent amplement<sup>1467</sup>. En outre, les deux précisions sont compatibles l'une avec l'autre, car il n'est logique de parler d'interruption de la chaîne causale au sens de la deuxième explication que si le lien de causalité existe, ne serait-ce qu'à première vue, ce dont traite la première explication. Dès lors, on doit admettre que les deux commentaires se complètent mutuellement.

### 2.1.3. Un ensemble cohérent à l'horizon du législateur suisse

890. Il ressort des paragraphes précédents (III.2.1.1., N 885 ss, et III.2.1.2., N 888 s.) non seulement que les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens concordent amplement, mais également que cette concordance est tellement grande qu'il se justifie d'admettre qu'elles peuvent se compléter mutuellement. On peut, dès lors, dire que les réglementations des Principes constituent **un ensemble, le plus souvent cohérent, de normes supranationales**. Ce constat vaut en tout cas par rapport à la matière analysée dans cette étude.

891. Puisqu'en cette matière les solutions adoptées par les auteurs des Principes sont les mêmes bien que ceux-ci définissent leurs champs d'application de manière différente<sup>1468</sup>, on doit admettre que le système réglant la responsabilité du débiteur qui a été élaboré a **une vocation générale** qui dépasse

---

<sup>1463</sup> Sur la durée raisonnable du délai des art. 7.1.7 par. 3 PU et 8:108 al. 3 PE, cf. le paragraphe III.1.4.4.C, notamment N 877.

<sup>1464</sup> Sur les différences rédactionnelles des art. 7.1.7 par. 3 PU et 8:108 al. 3 PE n'impliquant pas de divergences de contenu, cf. le paragraphe III.1.4.4.C., notamment N 874.

<sup>1465</sup> A propos du lien de causalité « suffisant » entre l'inexécution et le préjudice, cf. le paragraphe III.1.3.1.D., notamment N 725.

<sup>1466</sup> Sur l'interruption du lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice, cf. le paragraphe III.1.3.1.D., notamment N 724.

<sup>1467</sup> Sur la concordance des réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 707.

<sup>1468</sup> Sur la manière différente dans laquelle les Principes définissent leurs champs d'application respectifs, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.1., notamment N 883.

potentiellement les limites posées par les champs d'application respectifs, ce qui le rend d'autant plus intéressant.

892. Une fois ou l'autre, le législateur suisse (et le juge ou l'arbitre avant lui) sera appelé à **se confronter avec cet ensemble cohérent de normes** en matière de responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution d'une obligation. En effet, ces règles jouissent d'un consensus d'autant plus large que les réglementations des Principes n'infirment pas celle de la Convention, mais plutôt la confirment, ce que souligne le prochain paragraphe (III.2.1.3.A., N 893 ss).

#### A. *Une confirmation de la réglementation de la Convention*

893. Tout au long du premier chapitre de cette partie (III.1., N 625 ss), on a indiqué les différences et les similitudes entre les règles de droit analysées et la réglementation de la Convention. Il résulte de cette comparaison que, adoptées environ trois lustres après l'autre, les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens **n'infirment pas celle de la Convention, mais plutôt la confirment**<sup>1469</sup>. En particulier, l'« inexécution », qui est la notion clé des systèmes qui traitent des conséquences de la contravention à une obligation dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens<sup>1470</sup>, correspond matériellement à la notion de « contravention au contrat » qu'on trouve dans la Convention<sup>1471</sup>; on a également vu que les réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts concordent amplement avec celle de la Convention<sup>1472</sup> et que l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE sont calqués sur l'art. 79 al. 1 CVIM, qui est repris presque mot par mot et de la sorte généralisé<sup>1473</sup>.

894. En la matière analysée dans cette étude, les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens comprennent, chacune, plus de dispositions que celle de la Convention et sont donc **globalement plus approfondies**<sup>1474</sup>.

895. Dès lors, tout en confirmant cette dernière, elles peuvent, le cas échéant, **servir de source expresse lorsqu'elles prévoient des solutions**

<sup>1469</sup> En ce qui concerne les Principes d'UNIDROIT, cf. BONELL, « *Codice* », p. 324.

<sup>1470</sup> Sur l'inexécution en tant que notion clé des systèmes traitant des conséquences de la contravention à une obligation dans les Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.1., notamment N 633.

<sup>1471</sup> Sur la concordance matérielle des notions d'« inexécution » des Principes et de « contravention au contrat » de la Convention, cf. le paragraphe III.1.1.1., notamment N 637.

<sup>1472</sup> A propos de l'ample concordance des réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts avec la solution de la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 707.

<sup>1473</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1474</sup> Par exemple, sur le caractère approfondi des réglementations des Principes en matière de dommages-intérêts, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 707.

auxquelles on doit parvenir également en application de la Convention, en conformité notamment avec le Préambule al. 5 PU<sup>1475</sup>.

896. Néanmoins, les Principes contiennent également quelques innovations matérielles et améliorations formelles qu'il est intéressant de rappeler. Brièvement, elles feront l'objet des deux prochains paragraphes (III.2.1.3.B., N 897 ss, et, respectivement, III.2.1.3.C., N 903 ss).

### B. *Des innovations matérielles*

897. L'analyse conduite dans le premier chapitre de cette partie (III.1., N 625 ss) a fait ressortir **plusieurs éléments** des réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens qui sont **matériellement innovateurs** par rapport à la Convention. Il sied d'en rappeler cinq.

898. Première innovation, les Principes **traitent du changement notable des circonstances**, ou *hardship*<sup>1476</sup>.

899. Deuxièmement, ils contiennent des **dispositions sur les clauses exonératoires** d'une part, c'est-à-dire sur les clauses contractuelles excluant ou limitant les moyens juridiques en cas d'inexécution, **et sur les clauses pénales au sens large** d'autre part, soit sur les clauses réglant par le paiement d'une somme d'argent les conséquences pécuniaires de la violation d'une obligation. Ils traitent notamment de la validité de ces accords, alors que la Convention ne régit pas la validité des clauses contractuelles conclues par les parties en matière de responsabilité, en conformité avec l'art. 4 phr. 2 let. a CVIM.<sup>1477</sup>

900. Troisième innovation, les Principes indiquent que le débiteur peut, en principe, invoquer la **force majeure pour s'exonérer du paiement d'une indemnité forfaitaire** ou d'une clause pénale<sup>1478</sup>.

901. Quatrièmement, ils prévoient la **réparation également d'un préjudice non pécuniaire**<sup>1479</sup>.

902. Enfin, cinquième innovation, les **Principes européens disposent la réparation même d'un préjudice imprévisible** lorsque l'inexécution est inten-

---

<sup>1475</sup> A propos du Préambule al. 5 PU, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 613.

<sup>1476</sup> Sur la tractation du changement notable des circonstances en tant qu'innovation matérielle par rapport à la Convention, cf. le paragraphe III.1.4.2.D., notamment N 807.

<sup>1477</sup> Concernant les innovations des Principes en matière d'aménagements contractuels de la responsabilité résultant de l'inexécution, cf. le paragraphe III.1.3.3.A., p. 261, N 757 s.

<sup>1478</sup> Concernant l'exonération du paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale en vertu des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.2.F., p. 281, N 816 ss.

<sup>1479</sup> A propos de la réparation du préjudice non pécuniaire en tant qu'innovation des Principes, cf. le paragraphe III.1.3.1.C., notamment N 719.

tionnelle ou est due à la faute lourde, alors que la Convention et les Principes d'UNIDROIT limitent toujours l'indemnité due au préjudice prévisible<sup>1480</sup>.

### C. Des améliorations formelles

903. L'analyse conduite dans le premier chapitre de cette partie (III.1., N 625 ss) a fait ressortir **plusieurs éléments** des réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens **qui constituent des améliorations formelles** par rapport à la Convention. Il sied d'en rappeler six.

904. Première amélioration, les Principes **reconnaissent pleinement le rôle régulateur de la bonne foi** et prévoient expressément une obligation générale pour les parties de se conformer aux exigences de la bonne foi dans l'exercice de leurs droits et dans l'exécution de leurs obligations<sup>1481</sup>.

905. Deuxièmement, les auteurs des Principes ont préféré à l'expression « contrevention au contrat » **le terme « inexécution »**, qui évite toute assimilation avec le *breach of contract* de la *common law*<sup>1482</sup>. En outre, ils ont expressément défini ce qu'ils entendent par ce terme<sup>1483</sup>.

906. Troisième amélioration, les Principes indiquent clairement qu'en matière de responsabilité du débiteur, il est **inutile de distinguer entre tiers dépendant et tiers indépendant** lorsque le fait d'autrui est imputable au débiteur<sup>1484</sup>.

907. Quatrièmement, l'art. 7.1.7. par. 2 PU prévoit que **l'effet libératoire se produit « pendant un délai raisonnable** en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat » et, de la sorte, rend compte du fait qu'il peut parfois se justifier que la durée de l'exonération soit plus (ou, le cas échéant, moins) longue que la durée de l'empêchement au sens strict, alors que l'art. 79 al. 3 CVIM et l'art. 8:108 al. 2 PE disposent simplement que l'effet exonératoire survient « pendant la durée de l'empêchement »<sup>1485</sup>.

908. Cinquième amélioration, les Principes précisent **sur quels moyens résultant de l'inexécution se produit l'effet libératoire** dû à la force majeure<sup>1486</sup>.

<sup>1480</sup> A propos de l'art. 9:503 *in fine* PE en tant qu'innovation souhaitable, cf. le paragraphe III.1.3.2.B., notamment N 739.

<sup>1481</sup> A propos du rôle plus restreint, du moins en théorie, de la bonne foi dans la Convention, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 632.

<sup>1482</sup> Sur les raisons du choix du terme « inexécution », cf. le paragraphe III.1.1.1., notamment N 638.

<sup>1483</sup> Sur le fait que les Principes définissent expressément ce qu'ils entendent par le terme « inexécution », cf. le paragraphe III.1.1.1., notamment N 639.

<sup>1484</sup> Sur l'imputabilité au débiteur du fait d'autrui indépendamment de ce que ce dernier soit dépendant ou indépendant, cf. le paragraphe III.1.1.3.B., notamment N 661.

<sup>1485</sup> Sur la formulation préférable de l'art. 7.1.7 par. 2 PU, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 860.

<sup>1486</sup> A propos du fait que les Principes précisent sur quels moyens se produit l'effet libératoire en cas de force majeure, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 862.



909. Enfin, ils traitent du droit au **remboursement des dépenses que le créancier a encourues pour atténuer le préjudice**, alors que ce droit n'est qu'implicite dans la réglementation de la Convention<sup>1487</sup>.

## 2.2. Caractéristiques de la responsabilité du débiteur

910. Dans ce sous-chapitre, **deux** caractéristiques de la responsabilité du débiteur **seront approfondies**, en vue de l'analyse comparative avec le droit interne suisse.

911. En revanche, **d'autres** caractéristiques **peuvent simplement être rappelées**, sans qu'il soit nécessaire d'y revenir, soit parce qu'elles ont déjà été relevées dans le chapitre précédent (III.1., N 625 ss), lorsque les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens ont été amplement décrites, soit parce qu'elles ont déjà été exposées dans le sous-chapitre consacré aux caractéristiques de la responsabilité du débiteur selon la Convention (I.2.1., N 238 ss), auquel on peut se référer compte tenu de la concordance des réglementations des Principes avec celle de cet instrument d'harmonisation<sup>1488</sup>.

912. Ainsi, les Principes se caractérisent par une **approche unitaire en matière de réparation du préjudice**. En particulier, l'inexécution, qui est la notion clé des systèmes qui, respectivement dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens, traitent des conséquences de la contravention à une obligation<sup>1489</sup>, est définie de manière large et unitaire<sup>1490</sup>. De même, le régime de responsabilité est unique : un seul et même régime s'applique, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>1491</sup>. En conformité avec cet approche unitaire, les Principes posent, du reste, le principe d'un droit général à des dommages-intérêts en cas d'inexécution<sup>1492</sup>.

913. Dans chacun des deux instruments d'harmonisation, **la ligne de partage** entre les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles

---

<sup>1487</sup> A propos du droit au remboursement des dépenses selon les art. 7.4.8 par. 2 PU et 9:505 al. 2 PE, cf. le paragraphe III.1.3.2.E., notamment N 752.

<sup>1488</sup> Pour la concordance des réglementations des Principes avec la solution de la Convention, cf. le paragraphe III.2.1.3.A., notamment N 893.

<sup>1489</sup> Sur l'inexécution en tant que notion clé des systèmes traitant des conséquences de la contravention à une obligation dans les Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.1., notamment N 633.

<sup>1490</sup> S'agissant de la définition large et unitaire de l'inexécution dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.1., p. 221, N 634 ss.

<sup>1491</sup> Concernant l'unité du régime de responsabilité prévu par les Principes, cf. le paragraphe III.1.1.2., p. 222, N 640 ss.

<sup>1492</sup> A propos du droit général à des dommages-intérêts selon les art. 7.4.1 PU et 9:501 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 706.

qui ne le sont pas **est prévue par une norme générale et unique** : l'art. 7.1.7 par. 1 PU et, respectivement, l'art. 8:108 al. 1 PE, qui notamment ne reposent pas sur une distinction entre les cas dans lesquels l'inexécution a été causée par les propres agissements du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un tiers dont le comportement est imputable à celui-là. Ces dispositions sont des normes générales et uniques non seulement du point de vue matériel, mais également sous l'angle formel, étant donné que ni les Principes d'UNIDROIT ni les Principes européens ne prévoient de disposition telle que l'art. 79 al. 2 CVIM.<sup>1493</sup>

914. **La notion de sphère d'influence du débiteur est l'étalon** sur lequel se basent l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1494</sup>. On peut mettre en évidence trois axes qui la composent implicitement et, de fait, le débiteur n'est en général exonéré de sa responsabilité que s'il prouve que, finalement, l'inexécution ne résulte pas de ses actes, ni de ceux d'un tiers (dépendant ou indépendant) qui participe à l'exécution de l'obligation en cause de par sa volonté, ni de tout autre fait qui relève de l'organisation qu'il (voire l'une des tierces personnes dont il répond selon ce qui précède) a mis en place pour accomplir la prestation due.

915. La responsabilité du débiteur prévue par les Principes peut être fractionnée en **trois composantes implicites** : une responsabilité pour son propre fait, une responsabilité du fait d'autrui<sup>1495</sup> et une responsabilité du fait de l'organisation<sup>1496</sup>.

916. Puisque tant l'inexécution d'une obligation, que les conditions de l'exonération en vertu de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE sont jugées selon un critère objectif<sup>1497</sup>, on peut dire que **la responsabilité du débiteur est objective**<sup>1498</sup>. Néanmoins, elle n'est pas absolue, **mais connaît des limites** ; en particulier, le créancier ne peut pas demander des dommages-intérêts si l'inexécution est due à la force majeure selon l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>1499</sup>.

<sup>1493</sup> Sur les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE en tant que normes générales et uniques déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 852.

<sup>1494</sup> A propos de la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se basent les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 833.

<sup>1495</sup> Pour une définition de la « responsabilité pour le fait d'autrui », cf. l'Introduction, notamment n. 17.

<sup>1496</sup> Sur les trois composantes de la responsabilité du débiteur, cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 834.

<sup>1497</sup> A propos du critère pour juger de l'inexécution d'une obligation, cf. le paragraphe III.1.3.1.B., notamment N 712. Sur le critère selon lequel on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 781.

<sup>1498</sup> Concernant le caractère objectif de la responsabilité du débiteur prévue par la Convention, cf. le paragraphe I.2.1.2.A., p. 86, N 254 ss.

<sup>1499</sup> Sur les limites de la responsabilité du débiteur prévue par les Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 627 ; ainsi que le paragraphe I.2.1.2.B., p. 87, N 257.

917. Comme le débiteur est exonéré de la responsabilité résultant de l'inexécution d'une de ses obligations s'il prouve que la défaillance est due à la force majeure, **l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE prévoient une preuve libératoire** à la disposition du débiteur<sup>1500</sup>.

918. La pierre angulaire concernant la réalisation des conditions de l'exonération est constituée par ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un débiteur raisonnable et diligent dans la même situation<sup>1501</sup>. En particulier, tant l'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat, que l'inévitabilité et l'insurmontabilité de l'obstacle à une bonne exécution et des conséquences de celui-ci sont jugés selon ce critère<sup>1502</sup>. On retrouve dans ce critère l'idée d'une faute objective<sup>1503</sup>, ce qui met en évidence le **caractère relatif du critère** selon lequel on juge des conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE, dans le sens qu'il n'est pas possible d'admettre une fois pour toutes que tel ou tel obstacle est hors de la sphère d'influence du débiteur, mais qu'il faut, au contraire, juger des conditions de l'exonération due à la force majeure *in concreto*<sup>1504</sup>.

919. **Le régime de responsabilité se caractérise donc par une certaine flexibilité**, qui est inévitable et même souhaitable si on tient au principe de la liberté contractuelle. En particulier, la sphère d'influence du débiteur dépend fortement de ce que les parties au contrat ont convenu.<sup>1505</sup>

920. Malgré cette flexibilité, le régime est **également caractérisé par la sévérité avec laquelle on admet l'exonération**<sup>1506</sup>.

---

<sup>1500</sup> Concernant le fait que l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM énoncent une preuve libératoire, cf. le paragraphe I.2.1.3.A., p. 88, N 259 s.

<sup>1501</sup> A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions de l'exonération, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 782.

<sup>1502</sup> Sur l'appréciation du caractère imprévisible de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.B., notamment N 839. A propos de l'appréciation du caractère inévitable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 845. Pour l'appréciation du caractère insurmontable de l'empêchement (et des conséquences de celui-ci), cf. le paragraphe III.1.4.3.C., notamment N 847.

<sup>1503</sup> Sur l'idée d'une faute objective qui coexiste avec la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 261 ; ainsi que le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 832.

<sup>1504</sup> Sur le caractère relatif du critère selon lequel on juge des conditions de l'exonération, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., notamment N 263.

<sup>1505</sup> S'agissant de la flexibilité avec laquelle on juge des conditions de l'exonération, cf. le paragraphe I.2.1.3.B., p. 88, N 261 ss.

<sup>1506</sup> Sur la grande rareté, en pratique, de l'exonération selon les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 822. Concernant la sévérité avec laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.3.C., p. 90, N 266.

### 2.2.1. Une formulation constante

921. On a vu que, en tout cas en matière de responsabilité du débiteur, les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens peuvent être traitées comme un ensemble cohérent de normes supranationales et qu'elles confirment la réglementation de la Convention pour la plus grande part<sup>1507</sup>. Cette constance matérielle est le plus souvent assortie d'une constance formelle. En particulier, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE correspondent et sont calqués sur l'art. 79 al. 1 CVIM, qui est repris presque mot par mot et de la sorte généralisé<sup>1508</sup>. Autrement dit, les conditions de l'exonération due à la force majeure sont **formulées de manière constante** dans les trois textes internationaux, ce qui appelle deux observations.

#### A. *Une relecture simplifiant l'énonciation des conditions de l'exonération due à la force majeure*

922. Puisque les art. 79 al. 1 CVIM, 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE concordent<sup>1509</sup>, ils **peuvent, tous, être paraphrasés de la manière suivante**<sup>1510</sup>:

- *Le débiteur ne répond pas du préjudice résultant de l'inexécution (au sens large) de l'une quelconque de ses obligations s'il prouve que, objectivement et compte tenu des circonstances, la défaillance est due à un empêchement hors de sa sphère d'influence, en tant que débiteur raisonnable et diligent ;*
- *En particulier, l'inexécution ne peut être due à un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur que si la survenance de l'obstacle, ou l'ampleur des effets de celui-ci, n'était pas raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat, et qu'on ne peut raisonnablement attendre de la part du débiteur qu'il prévienne ni surmonte l'empêchement ou, au moins, les conséquences de celui-ci.*

923. Cette relecture met en évidence, d'une part, qu'il suffit, en réalité, que l'inexécution soit due à un empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur pour que ce dernier soit exonéré de sa responsabilité et, d'autre part, que les autres éléments énoncés aux art. 7.1.7 par. 1 PU, 8:108 al. 1 PE et 79 al. 1 CVIM ne font que préciser les circonstances dans lesquelles cette exigence suffisante est réalisée. Elle rend également compte du fait que la notion de sphère

<sup>1507</sup> S'agissant de la Convention et des Principes en tant qu'ensemble cohérent de normes, cf. le paragraphe III.2.1.3., p. 311, N 890 ss.

<sup>1508</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1509</sup> Sur la concordance des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE avec l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 778.

<sup>1510</sup> Pour une paraphrase de l'art. 79 al. 1 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.1.C., notamment N 251. A propos de la manière dans laquelle les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE peuvent être paraphrasés, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 820.

d'influence du débiteur est l'étalon sur lequel les dispositions mentionnées basent l'exonération<sup>1511</sup> et qu'on évalue la réalisation des conditions de celle-ci en fonction de ce qu'on aurait pu objectivement attendre d'un débiteur raisonnable et diligent dans la même situation<sup>1512</sup>. En distinguant le cœur véritable de la réglementation des simples explicitations, la relecture proposée **simplifie la compréhension de la règle de droit**.

*B. Une utilité mitigée de cette formulation constante des conditions de l'exonération due à la force majeure*

924. Dans un contexte international, il est le plus souvent prudent et utile de **formuler les règles de droit de la manière la plus explicite possible**, pour en faciliter l'application uniforme. Cette attitude peut parfois conduire à ce qu'un texte rappelle, explicite ou précise des normes prévues ailleurs dans la réglementation à l'endroit où une certaine question est expressément traitée, en raison de la pertinence de celles-là pour résoudre celle-ci.<sup>1513</sup>

925. Dès lors, il est important de savoir **distinguer le cœur véritable de la réglementation des simples explicitations**, pour ne pas donner à celles-ci une portée qui dépasse leur raison d'être (et qui, par conséquent, pourrait nuire à l'unité globale de la réglementation).

926. La manière dont les art. 79 al. 1 CVIM, 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE sont formulés constitue un exemple particulièrement significatif de la **volonté d'énoncer la règle de droit de la manière la plus explicite possible**<sup>1514</sup>. Face à une telle formulation particulièrement étendue, la relecture de ces dispositions proposée dans le paragraphe précédent (III.2.2.1.A., N 922 s.) offre l'avantage de clairement distinguer le cœur véritable de la réglementation des simples explicitations et facilite, de la sorte, la compréhension de la règle de droit.

927. Or, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens diffèrent de la Convention par le fait que chaque Principe est notamment suivi par un commentaire officiel, qui fait partie intégrante de la réglementation et qui explique les raisons, le but et le fonctionnement de la norme en question, ainsi

---

<sup>1511</sup> A propos de la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se basent les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 833. Sur la notion de sphère d'influence du débiteur comme étalon sur lequel se base l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 281.

<sup>1512</sup> A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.4., notamment N 782. A propos de la pierre angulaire par rapport à laquelle on juge des conditions de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.3., notamment N 141.

<sup>1513</sup> Concernant l'utilité d'une formulation détaillée, cf. le paragraphe I.2.1.1.A., p. 82, N 241 s.

<sup>1514</sup> S'agissant de la formulation particulièrement détaillée de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.1.B., p. 84, N 243 ss.

que le rapport entre celle-ci et les autres Principes<sup>1515</sup>. Ils comprennent, de la sorte, un outil supplémentaire pour garantir une application uniforme des réglementations, dont l'efficacité est considérable. Parallèlement, les auteurs des Principes ont voulu rédiger des règles de droit brèves et générales, qui soient facilement comprises non seulement par des avocats mais également par leurs clients<sup>1516</sup>. Dans ce souci de clarté, ils ont parfois amélioré la formulation de certaines normes qui figurent dans la Convention déjà, sans en changer le contenu matériel : tel est notamment le cas pour l'art. 7.1.7 par. 2 PU<sup>1517</sup>, ainsi que pour l'art. 7.1.7 par. 4 PU et l'art. 8:101 al. 2 PE<sup>1518</sup>. Ils auraient pu faire de même s'agissant de l'art. 7.1.7 par. 1 PU et de l'art. 8:108 al. 1 PE, **en distinguant le contenu véritable de la règle de droit des simples précisions**, voire en mentionnant ces dernières uniquement dans les commentaires de l'art. 7.1.7 PU et de l'art. 8:108 PE, conformément à la finalité du commentaire officiel. De cette manière, la problématique des conditions de l'exonération due à la force majeure aurait été traitée selon une approche univoque et structurée<sup>1519</sup>.

Le même genre d'observation peut être fait par rapport à la manière dont les conditions auxquelles on admet un changement notable des circonstances (*hardship*) sont énoncées (art. 6.2.2 PU et art. 6:111 al. 2 PE).

### 2.2.2. Un manque d'intelligibilité immédiate

928. On a vu que l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE font appel à des concepts plutôt indéterminés, tels que la sphère d'influence du débiteur, ainsi que l'imprévisibilité, l'inévitabilité et l'insurmontabilité de l'empêchement, en raison de la grande variété des situations factuelles dans lesquelles ils sont susceptibles de s'appliquer<sup>1520</sup>. Or, l'inconvénient de recourir à des notions plutôt indéterminées réside dans **un certain manque d'intelligibilité immédiate** des dispositions en question<sup>1521</sup>.

<sup>1515</sup> A propos des commentaires officiels et illustrations, qui font partie intégrante des réglementations des Principes, cf. l'introduction de la troisième partie, notamment N 610.

<sup>1516</sup> En ce qui concerne les Principes européens, cf. COMMISSION/LANDO/BEALE, p. XXVI.

<sup>1517</sup> Sur la formulation préférable de l'art. 7.1.7 par. 2 PU, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 860.

<sup>1518</sup> A propos du fait que les Principes précisent sur quels moyens se produit l'effet libératoire en cas de force majeure, cf. le paragraphe III.1.4.4.A., notamment N 862.

<sup>1519</sup> Sur l'art. 79 CVIM en tant que résultat d'une série de juxtapositions, cf. le paragraphe I.2.1.1.B., notamment N 247.

<sup>1520</sup> Sur l'emploi de concepts plutôt indéterminés aux art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 823.

<sup>1521</sup> A propos du manque d'intelligibilité immédiate des art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.4.3., notamment N 824. Concernant le manque d'intelligibilité immédiate de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.4., p. 91, N 267 ss.

929. **A la lecture des seuls articles**, ce manque d'intelligibilité immédiate est plus important aux art. 7.1.7 PU et 8:108 PE qu'à l'art. 79 CVIM. En effet, l'art. 79 al. 2 CVIM concrétise l'art. 79 al. 1 CVIM pour l'hypothèse particulière où un tiers est chargé d'exécuter tout ou partie du contrat<sup>1522</sup>, alors que ni les Principes d'UNIDROIT ni les Principes européens ne le reprennent expressément<sup>1523</sup>. Il rend, ainsi, le résultat de l'application de l'art. 79 al. 1 CVIM plus visible à la lecture du texte de la Convention, certes par rapport à la seule situation dont il traite<sup>1524</sup>.

930. En revanche, **dans leur ensemble**, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens donnent plus d'explications que la Convention, grâce à leurs commentaires et illustrations. Ainsi, si les Principes ne reprennent pas expressément l'art. 79 al. 2 CVIM, tant le commentaire de l'art. 8:108 PE que celui de l'art. 7:106 PE énoncent les conditions de l'exonération due à la force majeure relativement à la situation dans laquelle un débiteur charge une tierce personne (dépendante ou indépendante) d'exécuter l'une de ses obligations et que le créancier n'obtient pas de bonne exécution de la prestation due<sup>1525</sup>.

## 2.3. Caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui

931. Dans ce sous-chapitre, on traitera des caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens. De manière similaire à la structure choisie dans le sous-chapitre consacré aux caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui dans la réglementation de la Convention (I.2.2., N 275 ss), on distinguera l'imputation en matière de responsabilité (III.2.3.1.) et celle dans les autres domaines (III.2.3.2.).

### 2.3.1. L'imputation en matière de responsabilité

932. L'imputation du fait d'autrui en matière de responsabilité se fait **différemment dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens**.

933. Pour des raisons de commodité de l'exposé, on mettra en évidence la manière dont le fait d'un tiers est imputé au débiteur, d'abord, dans le cadre

---

<sup>1522</sup> S'agissant du rapport entre l'art. 79 al. 1 et l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.3.4.A., p. 66, N 190 ss.

<sup>1523</sup> Sur le fait que les Principes ne reprennent pas expressément l'art. 79 al. 2 CVIM, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 848.

<sup>1524</sup> A propos de l'art. 79 al. 2 CVIM en tant que pas vers l'intelligibilité immédiate de la réglementation, cf. le paragraphe I.2.1.4., notamment N 274.

<sup>1525</sup> Sur les conditions de l'exonération lorsque l'inexécution résulte du fait d'un tiers chargé de l'exécution, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 853.

de ceux-ci (A.) et, ensuite, de ceux-là (B.), avant d'indiquer la solution qui est préférable (C.).

*A. Une imputation explicite dans les Principes européens*

934. On a vu qu'en matière de responsabilité, l'**art. 8:107 PE** impute **explicitement** au débiteur les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là<sup>1526</sup>.

*B. Une imputation implicite dans les Principes d'UNIDROIT*

935. En matière de responsabilité, les Principes d'UNIDROIT ne contiennent **pas de disposition imputant explicitement** les actes d'un tiers au débiteur, tel que l'art. 8:107 PE<sup>1527</sup>.

936. Néanmoins, on a vu que, en tout cas en matière de responsabilité du débiteur, les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens peuvent être traitées comme un ensemble cohérent de normes supranationales et qu'elles confirment celle de la Convention pour la plus grande part<sup>1528</sup>. Dès lors, puisque le fait d'autrui est imputé au débiteur tant par la réglementation des Principes européens en matière de responsabilité (explicitement) que par celle de la Convention (implicitement)<sup>1529</sup>, on doit admettre que, comme cette dernière, celle des Principes d'UNIDROIT **impute implicitement au débiteur les actes du tiers** qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là. D'ailleurs, on a également vu que, en raison de la grande concordance des réglementations des Principes, il se justifie que, face au silence de l'une, on se réfère à l'autre, à moins que, par rapport à la question posée, il existe des raisons particulières qui empêchent ce comblement mutuel<sup>1530</sup>; ce qui n'est pas le cas s'agissant de l'imputation du fait d'autrui en matière de responsabilité. Ainsi, on a admis que la définition retenue à l'art. 8:107 PE du tiers dont les actes sont imputés au débiteur lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité de ce dernier à la

<sup>1526</sup> A propos de l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur par l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658.

<sup>1527</sup> A propos de l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur par l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658.

<sup>1528</sup> S'agissant de la Convention et des Principes en tant qu'ensemble cohérent de normes, cf. le paragraphe III.2.1.3., p. 311, N 890 ss.

<sup>1529</sup> Concernant l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation de la Convention en matière de responsabilité, cf. le paragraphe I.2.2.1.A., p. 94, N 277 ss.

<sup>1530</sup> S'agissant du comblement mutuel des réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.2.1.2., p. 310, N 888 s.



suite d'une inexécution est pertinente également pour les Principes d'UNIDROIT<sup>1531</sup>.

937. On notera que l'imputation du fait d'autrui en matière de responsabilité se fait **dans les Principes d'UNIDROIT de manière encore plus implicite** que dans la Convention. En effet, ces principes ne prévoient pas de disposition correspondant à l'art. 79 al. 2 CVIM<sup>1532</sup>, d'où on pourrait la déduire.

### C. *Une préférence pour l'imputation explicite*

938. Bien que, d'une certaine manière, il aille de soi que le débiteur doit se laisser imputer les agissements de la tierce personne qu'il charge d'accomplir la prestation due et, pour ainsi dire, il soit donc inutile de l'affirmer, **nous préférons la solution adoptée par les auteurs des Principes européens**, qui ont prévu explicitement une telle imputation<sup>1533</sup>.

## 2.3.2. L'imputation dans les autres domaines

939. Egalement dans les domaines autres que celui de la responsabilité du débiteur, dont traite le paragraphe précédent (III.2.3.1., N 932 ss), l'imputation du fait d'autrui se fait **différemment dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens**.

940. Pour des raisons de commodité de l'exposé, on mettra en évidence la manière dont le fait d'un tiers est imputé au débiteur, d'abord, dans le cadre de ces derniers (A.) et, ensuite, des Principes d'UNIDROIT (B.).

### A. *Une disposition générale dans les Principes européens*

941. **L'art. 8:107 PE** dispose que les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une obligation de par la volonté du débiteur sont imputés à ce dernier<sup>1534</sup>. Mais il prévoit cette imputation uniquement en matière de responsabilité du débiteur à la suite d'une inexécution, ce qu'indique son emplacement dans le huitième chapitre des Principes européens. Il en résulte que cette disposition

---

<sup>1531</sup> Sur le comblement des Principes d'UNIDROIT par les Principes européens pour la définition du tiers dont répond le débiteur, cf. le paragraphe III.1.1.3.B., notamment N 661.

<sup>1532</sup> Sur le fait que l'art. 79 al. 2 CVIM n'est pas repris dans les Principes, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 848.

<sup>1533</sup> A propos de l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur par l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658. Pour d'autres améliorations formelles des réglementations des Principes par rapport à la solution de la Convention, cf. le paragraphe III.2.1.3.C., p. 314, N 903 ss.

<sup>1534</sup> Sur l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur par l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658.

**ne permet pas d'affirmer** que, dans tous les domaines, le fait d'autrui est imputé aux parties au contrat.

942. Cependant, il existe une autre disposition qui prévoit de manière générale l'imputation aux parties au contrat d'éléments du for intérieur d'autrui : **l'art. 1:305 PE**. Avec l'art. 8:107 PE, dont il est complémentaire<sup>1535</sup>, cet article a pour but de neutraliser les (éventuels) résultats insatisfaisants auxquels pourrait conduire la division du travail qui est propre au commerce et à l'industrie modernes<sup>1536</sup>.

943. Pour atteindre cet objectif, les auteurs des Principes européens ont adopté une règle de droit qui, peut-être par prudence, englobe plusieurs hypothèses et sous-hypothèses. Il en résulte une formulation tellement complexe qu'il est presque impossible de lire la disposition du début à la fin ou de la paraphraser complètement en une seule phrase. En réalité, l'art. 1:305 PE **règle deux questions**<sup>1537</sup>.

944. D'une part, il impute à la partie contractuelle de par la volonté de laquelle une personne participe à la conclusion ou à l'exécution du contrat **ce que ce tiers savait ou aurait dû savoir**, ainsi que ce que ce dernier **avait prévu ou aurait dû prévoir**<sup>1538</sup>.

945. D'autre part, l'art. 1:305 PE impute à la partie contractuelle de par la volonté de laquelle une personne participe à la conclusion ou à l'exécution du contrat **le dol, la faute lourde ou la mauvaise foi de cette tierce personne**<sup>1539</sup>.

946. Par ailleurs, selon l'art. 8:101 al. 3 PE, à moins qu'il ne prouve que les conditions de l'art. 8:108 al. 1 PE sont réalisées (cette disposition étant appliquée par analogie<sup>1540</sup>)<sup>1541</sup>, le créancier est déchu de ses droits résultant de l'inexécution d'une de ses créances non seulement lorsque la défaillance est due à ses propres actes, mais également lorsqu'elle résulte d'autres événements dont il supporte le risque, notamment des agissements de personnes dont il

<sup>1535</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 1:305 PE, p. 134.

<sup>1536</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 1:305 PE.

<sup>1537</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment B *ad* art. 1:305 PE.

<sup>1538</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment C *ad* art. 1:305 PE.

<sup>1539</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment D *ad* art. 1:305 PE.

<sup>1540</sup> A propos de l'application de l'art. 8:108 al. 1 PE (ou de l'art. 7.1.7 par. 1 PU) par analogie dans le contexte des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE (ou, respectivement, des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU), cf. le paragraphe III.1.2.3.B., notamment N 693.

<sup>1541</sup> Sur l'absence de déchéance des droits du créancier selon les art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE (ainsi que les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU) si les conditions matérielles de l'art. 8:108 al. 1 PE (ou de l'art. 7.1.7 par. 1 PU) sont réalisées, cf. le paragraphe III.1.2.3.B., notamment N 690.

répond<sup>1542</sup>. De même, selon l'art. 9:505 al. 1 PE, on refuse au créancier insatisfait toute compensation pour les conséquences dommageables qu'il aurait dû éviter, non seulement lorsque les mesures raisonnables que l'on pouvait attendre n'ont pas été prises par lui personnellement, mais également si elles ne l'ont pas été par une tierce personne dont il répond<sup>1543</sup>. Ces cas d'imputation des actes d'un tiers par rapport au manquement à celle qui n'est pas une véritable obligation mais plutôt une incombance peuvent être généralisés dans le sens qu'une partie au contrat doit se laisser imputer le fait d'autrui, à certaines conditions, **également lorsqu'il est question de la contravention à une incombance**, comme dans la réglementation de la Convention<sup>1544</sup>.

947. D'après son texte, l'art. 8:107 PE énonce que sont imputés à chaque partie les actes des tierces personnes qui participent à « l'exécution du contrat »<sup>1545</sup> de par la volonté de celle-là. La formulation serait donc suffisamment large pour que la norme soit appliquée non seulement aux cas d'inexécution d'une obligation, mais également à ceux de contravention à une incombance. Néanmoins, sans préjudice du résultat juridique, il est préférable de parler dans cette hypothèse d'une **application uniquement par analogie de l'art. 8:107 PE**, parce qu'il résulte du commentaire officiel de cette disposition qu'elle ne vise que les cas d'inexécution d'une obligation<sup>1546</sup>. On notera qu'en revanche l'art. 1:305 PE ne peut pas fonder l'imputation des actes d'un tiers dans le contexte de la contravention à une incombance, parce qu'il ne prévoit pas l'imputation aux parties au contrat de comportements, mais uniquement du for intérieur d'autrui<sup>1547</sup>.

948. **En résumé**, on constate que l'idée selon laquelle la partie contractuelle de par la volonté de laquelle un tiers participe à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat doit en principe se laisser imputer le fait de cette tierce personne est **très présente dans la réglementation**. L'idée n'est pas simplement sous-jacente, comme dans la réglementation de la Convention<sup>1548</sup>, mais elle apparaît à plusieurs reprises dans les Principes européens. En particulier, elle figure à

---

<sup>1542</sup> Pour l'imputation au créancier, lors de l'application des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE (ainsi que des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU), de l'acte d'une tierce personne dont il répond, cf. le paragraphe III.1.2.3.A., notamment N 687.

<sup>1543</sup> S'agissant du devoir de limiter le préjudice selon les art. 9:504 *in fine* et 9:505 PE (ainsi que l'art. 7.4.8 PU), cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>1544</sup> Sur l'imputation à une partie contractuelle de l'acte d'un tiers dont elle répond en matière de contravention à une incombance selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 284.

<sup>1545</sup> En anglais, « performance of the contract ».

<sup>1546</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 8:107 PE.

<sup>1547</sup> A propos de l'art. 1:305 PE, cf. *supra*, notamment N 942.

<sup>1548</sup> Sur l'imputation du fait d'autrui en tant qu'idée sous-jacente à vocation générale dans la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 288.

l'art. 1:305 PE, disposition générale qui toutefois impute aux parties au contrat uniquement des éléments qui relèvent du for intérieur d'autrui, mais non des comportements. Elle est également exprimée en tant que principe général dans le commentaire de l'art. 4:111 PE<sup>1549</sup>.

949. Il existe une disposition (spéciale) qui concrétise cette idée **par rapport à une problématique particulière**. Il s'agit de l'**art. 4:111 al. 1 PE** qui, pour la matière sur laquelle porte le quatrième chapitre des Principes européens, c'est-à-dire la validité du contrat, impute à chacune des parties le comportement et la connaissance des tierces personnes qui interviennent dans la relation précontractuelle de par la volonté de l'une ou de l'autre. Cette disposition ne distingue pas entre conclusion du contrat et exécution d'une obligation, le cas échéant précontractuelle, (comme le fait, en revanche, l'art. 8:107 PE), ou entre comportement et for intérieur du tiers (comme l'art. 1:305 PE).

950. Le régime de responsabilité prévu par les Principes européens se base également sur une autre idée très importante : le débiteur répond en principe de tout fait qui relève de l'organisation qu'il a mise en place pour accomplir la prestation due, ou qui a été mise en place par une tierce personne qu'il a chargée d'exécuter l'obligation ou d'en organiser l'exécution<sup>1550</sup>. On peut s'attendre à ce que cette idée également ait une portée générale, dans le sens que chacune des parties doit **en principe se laisser imputer tout fait qui relève de l'organisation** qu'elle a mise en place pour conclure ou exécuter le contrat, ou qui a été mise en place par un tiers auquel elle a confié la conclusion ou l'exécution du contrat, voire l'organisation de celles-ci<sup>1551</sup>.

### *B. Une absence de disposition générale dans les Principes d'UNIDROIT*

951. Dans les Principes d'UNIDROIT, l'imputation du fait d'autrui en matière de responsabilité du débiteur à la suite d'une inexécution se fait complètement de manière implicite<sup>1552</sup>. De même, comme dans la réglementation de la Convention, il n'y figure **pas de disposition générale prévoyant l'imputation du fait d'autrui** aux parties au contrat<sup>1553</sup>.

<sup>1549</sup> COMMISSION/LANDO/BEALE, Comment A *ad* art. 4:111 PE.

<sup>1550</sup> Sur les trois composantes de la responsabilité du débiteur selon la réglementation des Principes européens (ainsi que celle des Principes d'UNIDROIT), cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 834.

<sup>1551</sup> Sur l'imputation du fait de l'organisation en tant qu'idée sous-jacente à vocation générale dans la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 289.

<sup>1552</sup> Concernant l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de responsabilité, cf. le paragraphe III.2.3.1.B., p. 324, N 935 ss.

<sup>1553</sup> Sur l'absence d'une disposition imputant le fait d'autrui de manière générale dans la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 283.

952. Néanmoins, selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU, à moins qu'il ne prouve que les conditions de l'art. 7.1.7 par. 1 PU sont réalisées (cette disposition étant appliquée par analogie<sup>1554</sup>)<sup>1555</sup>, le créancier est déchu de ses droits résultant de l'inexécution d'une de ses créances non seulement lorsque la défaillance est due à ses propres actes, mais également lorsqu'elle résulte d'autres événements dont il supporte le risque, notamment des agissements de personnes dont il répond<sup>1556</sup>. De même, selon l'art. 7.4.8 par. 1 PU, on refuse au créancier insatisfait toute compensation pour les conséquences dommageables qu'il aurait dû éviter, non seulement lorsque les mesures raisonnables que l'on pouvait attendre n'ont pas été prises par lui personnellement, mais également si elles ne l'ont pas été par une tierce personne dont il répond<sup>1557</sup>. Ces cas d'imputation des actes d'un tiers par rapport au manquement à celle qui n'est pas une véritable obligation mais plutôt une incombance peuvent être généralisés dans le sens qu'une partie au contrat doit se laisser imputer le fait d'autrui, à certaines conditions, **également lorsqu'il est question de la contravention à une incombance**, comme dans la réglementation de la Convention et dans celle des Principes européens<sup>1558</sup>.

953. En outre, selon l'art. 3.11 par. 1 PU, une partie contractuelle doit se laisser imputer le comportement et la connaissance de la tierce personne dont elle répond, lorsque l'autre partie demande l'annulation du contrat pour le dol, la contrainte, la lésion ou l'erreur dont celle-ci a été victime par le fait de ce tiers.

954. On peut se demander si cette règle de droit est spécifique à la seule problématique particulière dont elle traite, c'est-à-dire à l'invalidation du contrat pour le vice du consentement qui résulte du fait d'une tierce personne, ou si elle constitue, au contraire, la concrétisation d'une idée plus générale. L'art. 4:111 al.1 PE, c'est-à-dire la disposition des Principes européens qui

---

<sup>1554</sup> A propos de l'application de l'art. 7.1.7 par. 1 PU (ou de l'art. 8:108 al. 1 PE) par analogie dans le contexte des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU (ou, respectivement, des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE), cf. le paragraphe III.1.2.3.B., notamment N 693.

<sup>1555</sup> Sur l'absence de déchéance des droits du créancier selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU (ainsi que les art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE) si les conditions matérielles de l'art. 7.1.7 par. 1 PU (ou de l'art. 8:108 al. 1 PE) sont réalisées, cf. le paragraphe III.1.2.3.B., notamment N 690.

<sup>1556</sup> Pour l'imputation au créancier, lors de l'application des art. 7.1.2 et 7.4.7 PU (ainsi que des art. 8:101 al. 3 et 9:504 PE), de l'acte d'une tierce personne dont il répond, cf. le paragraphe III.1.2.3.A., notamment N 687.

<sup>1557</sup> S'agissant du devoir de limiter le préjudice selon l'art. 7.4.8 PU (ainsi que les art. 9:504 *in fine* et 9:505 PE), cf. le paragraphe III.1.3.2.E., p. 258, N 749 ss.

<sup>1558</sup> Sur l'imputation à une partie contractuelle de l'acte d'un tiers dont elle répond en matière de contravention à une incombance selon la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 284. Sur l'imputation à une partie contractuelle de l'acte d'un tiers dont elle répond en matière de contravention à une incombance selon la réglementation des Principes européens, cf. le paragraphe III.2.3.2.A., notamment N 946.

correspond à l'art. 3.11 par. 1 PU, a cette deuxième portée<sup>1559</sup>. Compte tenu de la grande concordance des réglementations des Principes<sup>1560</sup> et du fait qu'il n'existe pas de raisons particulières s'opposant à une compréhension uniforme de ces réglementations en matière d'imputation du fait d'autrui<sup>1561</sup>, il se justifie d'admettre que l'art. 3.11 par. 1 PU également est une disposition (spéciale) qui **concrétise une idée plus générale** par rapport à une problématique particulière.

955. **En résumé**, on constate que l'idée selon laquelle la partie contractuelle de par la volonté de laquelle un tiers participe à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat doit en principe se laisser imputer le fait de cette tierce personne est **présente dans la réglementation**. L'idée est certes moins visible que dans les Principes européens<sup>1562</sup>, mais elle est plus que simplement sous-jacente, comme dans la réglementation de la Convention<sup>1563</sup>. En particulier, on la retrouve à l'art. 3.11 al. 1 PU et dans le commentaire de l'art. 7.4.7 PU<sup>1564</sup>.

956. Le régime de responsabilité prévu par les Principes d'UNIDROIT se base également sur une autre idée très importante : le débiteur répond en principe de tout fait qui relève de l'organisation qu'il a mise en place pour accomplir la prestation due, ou qui a été mise en place par une tierce personne qu'il a chargée d'exécuter l'obligation ou d'en organiser l'exécution<sup>1565</sup>. Comme pour la réglementation des Principes européens, on peut s'attendre à ce que cette idée également ait une portée générale, dans le sens que chacune des parties doit **en principe se laisser imputer tout fait qui relève de l'organisation** qu'elle a mise en place pour conclure ou exécuter le contrat, ou qui a été mise en place par un tiers auquel elle a confié la conclusion ou l'exécution du contrat, voire l'organisation de celles-ci<sup>1566</sup>.

<sup>1559</sup> A propos de l'art. 4:111 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.2.3.2.A., notamment N 949.

<sup>1560</sup> Sur la grande concordance des réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.2.1.1., notamment N 887.

<sup>1561</sup> S'agissant du comblement mutuel des réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.2.1.2., p. 310, N 888 s.

<sup>1562</sup> Concernant l'imputation du fait d'autrui de manière générale dans la réglementation des Principes européens, cf. le paragraphe III.2.3.2.A., p. 326, N 941 ss.

<sup>1563</sup> Sur l'imputation du fait d'autrui en tant qu'idée sous-jacente à vocation générale dans la réglementation de la Convention, cf. le paragraphe I.2.2.2., notamment N 288.

<sup>1564</sup> UNIDROIT, Comment. 2 *ad* art. 7.4.7 PU.

<sup>1565</sup> Sur les trois composantes de la responsabilité du débiteur selon la réglementation des Principes d'UNIDROIT (ainsi que celle des Principes européens), cf. le paragraphe III.1.4.3.A., notamment N 834.

<sup>1566</sup> Sur l'imputation du fait de l'organisation en tant qu'idée sous-jacente à vocation générale dans la réglementation des Principes européens, cf. le paragraphe III.2.3.2.A., notamment N 950.

## IV. Considérations comparatives sur le système bipartite de la responsabilité du débiteur

957. Après avoir décrit les réglementations des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens (III.1., N 625 ss) et en avoir mis en évidence les caractéristiques (III.2., N 879 ss), il est temps d'effectuer **une dernière réflexion sur la responsabilité du débiteur**, notamment pour ses auxiliaires, et plus généralement sur le système bipartite du droit interne suisse.

958. Lors de la première analyse comparative, dans la deuxième partie de la présente étude, l'accent a été mis sur une question qui est au coeur de la responsabilité du débiteur elle-même, à savoir celle de la preuve libératoire dont dispose celui-ci pour s'exonérer de sa responsabilité<sup>1567</sup>. En revanche, dans cette deuxième et dernière analyse comparative, **l'attention se portera principalement sur le système bipartite de la responsabilité** du débiteur que le législateur fédéral a adopté au début du siècle dernier<sup>1568</sup>. Ainsi, comme dans la deuxième partie, l'analyse sera centrée sur le droit interne suisse, en particulier sur les dispositions générales du Code des obligations, en mettant l'accent sur les éléments caractéristiques de l'art. 101 al. 1 CO<sup>1569</sup>.

959. En substance, **dans cette partie**, l'on traitera du système mis en place pour que le débiteur réponde du dommage subi par le créancier par le développement de deux problématiques. D'une part, sous l'angle matériel, il s'agira de déterminer si le droit interne suisse connaît d'ores et déjà un régime unique sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations, à l'instar des codifications supranationales récentes, notamment des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens<sup>1570</sup> (IV.1.); d'autre part, sous l'angle formel, d'analyser la construction législative par laquelle le débiteur répond du fait d'autrui, relever que le système est mal adapté à la réalité des relations économiques d'aujourd'hui, et prendre en compte la nouvelle perspective pour aborder la responsabilité du débiteur qu'offrent les codifications supranationales étudiées (IV.2.).

---

<sup>1567</sup> Sur la question traitée à titre principal lors de la première analyse comparative, cf. l'introduction de la deuxième partie, notamment N 291.

<sup>1568</sup> A propos du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 7.

<sup>1569</sup> Sur l'intention de mettre l'accent, dans les parties de l'étude consacrées à l'analyse du droit interne suisse, sur les éléments caractéristiques de l'art. 101 al. 1 CO, cf. l'Introduction, notamment N 36.

<sup>1570</sup> Sur l'inexécution en tant que notion clé des systèmes traitant des conséquences de la contravention à une obligation dans les Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.1., notamment N 633. Sur le fait que les Principes définissent expressément ce qu'ils entendent par le terme « inexécution », cf. le paragraphe III.1.1.1., notamment N 639.

## 1. L'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations

960. La Convention, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens se caractérisent par le fait que le régime qui régleme la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une des obligations du débiteur est unique : un seul et même régime s'applique, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>1571</sup>. **La question** qui se pose est de savoir si on peut affirmer, et éventuellement dans quelle mesure, que **le droit interne suisse connaît d'ores et déjà un régime unique** qui sanctionne l'inexécution au sens large des obligations<sup>1572</sup>. En particulier, faut-il rechercher la cause de la défaillance (demeure, impossibilité subséquente, mauvaise exécution) pour connaître les droits et obligations respectifs du débiteur et du créancier ou suffit-il, en principe, de constater l'inexécution en elle-même, le régime étant fondamentalement unique?<sup>1573</sup>

961. Pour répondre à cette question, **dans ce chapitre**, l'on traitera d'abord de l'inexécution des obligations en général (IV.1.1.) ; ensuite, l'on présentera les art. 97 à 109 CO, qui règlent, de manière générale, les effets de l'inexécution au sens large des obligations (IV.1.2.), et l'on comparera les effets de la demeure (art. 103 à 109 CO) avec ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution (art. 97 à 101 CO ; IV.1.3.). L'accent sera mis, de la sorte, sur l'examen des dispositions générales du Code des obligations. Enfin, une synthèse, une comparaison et des considérations finales suivront l'analyse (IV.1.4.).

### 1.1. L'inexécution des obligations en général

962. **Dans ce sous-chapitre**, il s'agira d'abord d'exposer les différentes typologies de violation d'une obligation (IV.1.1.1.), avant de relever que, malgré la variété des situations de fait, il existe des éléments communs aux divers cas de figure d'inexécution (IV.1.1.2.).

<sup>1571</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239. Sur l'unité du régime de responsabilité en tant que caractéristique des réglementations des Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.2., notamment N 912.

<sup>1572</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, N 4.

<sup>1573</sup> Nous avons déjà traité de cette problématique dans un article publié en 2002 sous le titre « Retard et défaut de paiement : unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations », in Foëx Bénédict (édit.), *La défaillance de paiement : retard et défaut de paiement*, Fribourg (Ed. universitaires) 2002, p. 21-51. Les considérations qui y figurent sont largement reprises dans cette étude alors que la présentation diffère pour être mieux adaptée à l'ensemble de l'ouvrage.



### 1.1.1. Une énumération des situations d'inexécution

963. En général, on peut décrire le système de la manière suivante. L'obligation a pour but l'exécution<sup>1574</sup> et, **tant que la prestation peut être effectuée**, le débiteur doit l'accomplir et le créancier la recevoir<sup>1575</sup>. En cas d'inexécution, ce dernier dispose de différents moyens pour obtenir ce qui lui est dû. Selon les circonstances, il peut actionner le débiteur en exécution, demander contre lui l'application des moyens de pression prévus par la loi ou l'exécution par la force de la prestation due ; le cas échéant, ces mesures peuvent être complétées par la réparation du préjudice qu'il a subi. En revanche, tant que la prestation peut être accomplie, le créancier ne peut renoncer à l'exécution qu'après avoir fixé au débiteur, ou lui avoir fait fixer, un délai convenable pour s'exécuter (ainsi notamment l'art. 107 CO). Il peut alors, à certaines conditions, réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, voire se départir du contrat (art. 107 al. 2 CO).

964. Sauf circonstances particulières, **deux hypothèses doivent être rattachées de cette typologie d'inexécution**. Ainsi, la situation juridique est la même aussi lorsque des obstacles s'opposent à une bonne exécution mais leur disparition paraît possible, à moins que, de par son objet ou la volonté des parties, la créance ne puisse être exécutée qu'à une époque déterminée et que ce moment précède celui dans lequel les empêchements disparaîtront<sup>1576</sup>. En principe, la situation est la même également si l'exécution n'est possible que partiellement ou imparfaitement (puisque la créance subsiste, en principe, dans ces circonstances), à moins qu'il ne se justifie d'admettre que, dans le cas particulier, le créancier puisse refuser toute exécution, notamment parce que celle-ci ne présente aucun intérêt pour lui (le législateur fédéral a prévu cette possibilité, par exemple, aux art. 258 al. 1 et 368 al. 1 CO)<sup>1577</sup>. On notera que l'art. 69 al. 1 CO doit être appliqué en conformité avec ces règles<sup>1578</sup>.

965. Par contre, **si l'exécution de l'obligation ne peut plus être obtenue**, tous les moyens qui, dans l'hypothèse contraire, auraient pu permettre au créancier de recevoir la prestation due deviennent inefficaces, voire inutiles,

---

<sup>1574</sup> Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>1575</sup> Dans le même sens BUCHER, p. 328. Il n'est pas nécessaire ici de se prononcer sur la controverse concernant la nature du « devoir » du créancier de recevoir la prestation. En effet, peu importe dans l'optique de cette analyse de savoir s'il s'agit d'une obligation au sens strict ou d'une incombance. Cf. à ce propos SCHRANER, N 22 ss *ad* art. 91 CO avec réf.

<sup>1576</sup> Cf., par exemple, VON TUHR/ESCHER, § 68 I, p. 96, et GUHL/KOLLER, § 31 N 8.

<sup>1577</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, § 68 I, p. 97 ; GUHL/KOLLER, § 31 N 7 ; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 192 s. Cf. également l'art. 91 CO.

<sup>1578</sup> En particulier, BUCHER, p. 420 ; ainsi que, par exemple, WEBER 1, N 40 *ad* art. 69 CO, et ENGEL, *Traité*, p. 782.

du fait même de l'impossibilité. Le créancier ne peut que réclamer la réparation du préjudice résultant de l'inexécution ou, éventuellement, résoudre unilatéralement le rapport d'obligations.

966. Sauf circonstances particulières, telle est la situation **également dans les hypothèses opposées à celles qu'on a rapprochées** du cas dans lequel la prestation due peut encore être effectuée<sup>1579</sup>.

967. Les différents moyens dont dispose le créancier pour obtenir ce qui lui est dû sont également inutiles dans l'hypothèse où le débiteur, ou son auxiliaire, a **exécuté « valablement » l'obligation mais ne l'a pas fait correctement** (puisque l'exécution est tardive ou imparfaite, ou parce qu'elle était partiellement impossible<sup>1580</sup>). Ainsi, en principe, si la dette est d'un corps certain (*Speziesschuld, obligatio in specie*), le débiteur exécute son obligation s'il fournit la chose spécifiée, alors même que celle-ci a des défauts ou n'a pas les qualités promises<sup>1581</sup>, à moins que le créancier ne puisse, exceptionnellement, refuser l'exécution, notamment parce que la prestation qui lui est proposée ne présente aucun intérêt pour lui<sup>1582</sup>. De même, en cas de dette de genre (*Gattungsschuld, obligatio in genere*), le débiteur accomplit, en principe, son obligation dès qu'il fournit une prestation correspondant à la créance (art. 71 al. 1 et 2 CO)<sup>1583</sup>. Le créancier obtient alors ce qui lui est dû à titre principal et ne peut plus le réclamer ; mais, s'il subit un préjudice du fait de l'exécution tardive ou imparfaite, ou de l'inexécution partielle, il peut prétendre à ce que ce préjudice soit réparé par le débiteur. Dans la réglementation des contrats spéciaux, la loi prévoit des mesures spéciales notamment pour les cas d'exécution imparfaite. Il s'agit avant tout des garanties en raison des défauts de la chose, dans la vente (art. 197 ss CO), dans le bail à loyer (art. 258 et 259a ss CO), dans le bail à ferme (art. 288 CO) et dans l'entreprise (art. 367 ss CO) ; ainsi que de la garantie en cas d'éviction dans la vente (art. 192 ss CO).

968. Pour cette typologie, on ne peut parler d'**inexécution que dans un sens large**<sup>1584</sup>, puisque sous un certain angle la prestation due a été accomplie et le débiteur ne doit plus la fournir (c'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral emploie parfois une notion étroite de l'inexécution et distingue entre

<sup>1579</sup> A propos des hypothèses rapprochées à celle dans laquelle la prestation due peut encore être effectuée, cf. *supra*, notamment N 964.

<sup>1580</sup> Dans le même sens GUHL/KOLLER, § 31 N 6.

<sup>1581</sup> ENGEL, *Traité*, p. 82 ; VON TUHR/ESCHER, § 55 II, p. 2. Cf. également l'ATF 121/1995 III 453, consid. 4a, p. 455, JdT 1997 I 199, p. 201 s.

<sup>1582</sup> Sur la possibilité pour le créancier de refuser, exceptionnellement, la prestation proposée, cf. *supra*, notamment N 964.

<sup>1583</sup> VON TUHR/ESCHER, § 55 II, p. 2.

<sup>1584</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, N 4.

celle-ci et la mauvaise exécution<sup>1585</sup>). Il n'en reste pas moins que le créancier n'a pas obtenu tout ce qu'il attendait.

On notera que, de fait, il est difficile que le débiteur d'une dette de genre puisse exécuter l'obligation en fournissant une prestation défectueuse. En effet, les parties au contrat peuvent préciser quelles caractéristiques doit comporter l'objet à livrer et, en général, ces propriétés ne représentent pas une simple indication de qualité, mais bien des spécificités déterminant le genre. Par exemple, la livraison d'un chariot élévateur muni d'un système de commande manuelle, alors que les parties ont expressément prévu que le chariot élévateur devait être muni d'un système de commande automatique, ne constitue pas une exécution imparfaite, mais une inexécution au sens strict<sup>1586</sup>.

969. Enfin, bien qu'il ne soit pas toujours facile de distinguer cette hypothèse de la typologie qui précède<sup>1587</sup>, la situation juridique est autre si le débiteur, ou son auxiliaire, a **fourni une « prestation » mais il n'a de la sorte pas exécuté son obligation**<sup>1588</sup>. Par exemple, le débiteur qui livre une chose pour une autre (*aliud pro alio*) n'est pas libéré. En effet, à moins que le créancier et le débiteur n'aient convenu d'une dation à titre de paiement, la prestation fournie ne correspond alors pas à la prestation due quant à l'objet, de sorte que l'obligation ne prend pas fin et, si l'exécution en est encore possible, le créancier a le droit de réclamer celle-ci (il devra bien sûr restituer la prestation non conforme) : comme le dit ENGEL, « pour que l'exécution revête son caractère extinctif, il faut qu'elle soit conforme à la prestation due quant à l'objet, au temps et au lieu »<sup>1589</sup>. Selon les circonstances, le créancier peut donc agir en exécution, demander contre le débiteur l'application de moyens de pression ou l'exécution forcée de la prestation, ainsi que, le cas échéant, la réparation du préjudice qu'il a subi. Comme dans la première situation exposée, en principe, il ne peut renoncer à l'exécution en nature qu'après avoir fixé au débiteur, ou lui avoir fait fixer, un délai convenable pour s'exécuter<sup>1590</sup>.

---

<sup>1585</sup> Ainsi aux ATF 126/2000 III 230, consid. 7a bb, p. 234 (« l'inexécution ou la mauvaise exécution »), et 125/1999 III 443, consid. 3c, p. 447 (« d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution »).

<sup>1586</sup> ATF 121/1995 III 453, consid. 4a et b, JdT 1997 I 199, p. 202 ss.

<sup>1587</sup> VON TUHR/ESCHER, § 68 I, p. 98. A propos de la situation juridique lorsque le débiteur a exécuté « valablement » l'obligation mais ne l'a pas fait correctement, cf. *supra*, notamment N 967.

<sup>1588</sup> Cf., par exemple, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2634, et GUGGENHEIM, *effets*, p. 102.

<sup>1589</sup> ENGEL, *Traité*, p. 607. Cf. également ENGEL, *Traité*, p. 82 ; VON TUHR/ESCHER, § 55 II, p. 2 s., et l'ATF 121/1995 III 453, consid. 4a, p. 458 s., JdT 1997 I 199, p. 204 s.

<sup>1590</sup> Cf. l'ATF 121/1995 III 453, consid. 4a, p. 458 s., JdT 1997 I 199, p. 204 s. Sur la situation juridique tant que la prestation peut encore être effectuée, cf. *supra*, notamment N 963.

### 1.1.2. Des éléments communs aux différents cas d'inexécution

970. **Au premier regard**, les cas de figure exposés dans le paragraphe précédent (IV.1.1.1., N 963 ss) diffèrent l'un de l'autre. Ainsi, on distingue le plus souvent entre la demeure du débiteur d'un côté, l'impossibilité subséquente et la mauvaise exécution de l'autre.

971. La **demeure du débiteur** (*Schuldnersverzug, mora del debitore, mora debitoris, default*) est le retard dans l'exécution, possible, d'une obligation<sup>1591</sup>.

972. L'expression **impossibilité subséquente** (*nachträgliche Unmöglichkeit, impossibilità sopravvenuta*) vise l'hypothèse dans laquelle l'exécution devient impossible après la naissance d'une obligation valable<sup>1592</sup>.

973. Par **mauvaise exécution**, ou exécution défectueuse (*Schlechterfüllung*), on entend le cas où le créancier obtient certes l'exécution de l'obligation (la prestation due a été fournie), mais qu'imparfaitement, car la prestation présente d'une autre manière un défaut, ou que partiellement, car il est impossible d'exécuter l'obligation entièrement. On y assimile l'hypothèse dans laquelle le débiteur exécute correctement, mais viole une ou plusieurs de ses obligations accessoires<sup>1593</sup>.

974. Néanmoins, malgré la diversité des états de fait, **il existe des éléments communs à ces différentes hypothèses**. Par exemple, qu'il s'agisse de retard dans l'exécution ou d'impossibilité, dans les deux cas l'obligation n'est pas accomplie et c'est ce fait-ci qui est immédiatement perçu par le créancier: le plus souvent ce dernier ne pourra pas distinguer l'un de l'autre, puisqu'en règle générale il ne connaît pas les raisons de l'inexécution lorsque le débiteur n'exécute pas une obligation exigible (ou, du moins, il n'en prend connaissance que dans un deuxième temps)<sup>1594</sup>.

975. A cause de cet élément qui leur est commun, on dit que tant le retard dans l'exécution que l'impossibilité renvoient à une négation: le débiteur ne s'exécute pas; en revanche, lorsque la prestation fournie est incomplète ou défectueuse, la référence est positive, raison pour laquelle on a forgé la notion de « **violation positive du contrat** »<sup>1595</sup>. **L'ambiguïté et l'inutilité de cette notion** en droit suisse a été démontrée depuis longtemps<sup>1596</sup>.

<sup>1591</sup> ENGEL, *Traité*, p. 684; TERCIER, *obligations*, N 1165; GUHL/KOLLER, § 31 N 1.

<sup>1592</sup> TERCIER, *obligations*, N 1373; VON TUHR/ESCHER, § 68 I, p. 93; GUHL/KOLLER, *ibidem*.

<sup>1593</sup> ENGEL, *Traité*, p. 709; GUHL/KOLLER, *ibidem*; MÜLLER-CHEN, p. 56.

<sup>1594</sup> Cf. BaK-WIEGAND, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; BUCHER, p. 339 n. 45; MÜLLER-CHEN, p. 54.

<sup>1595</sup> ENGEL, *Traité*, p. 709. Dans le même sens ATF 123/1997 III 204, consid. 2d, p. 208, JdT 1999 I 9, 13; 113/1987 II 424, consid. 1 b.

<sup>1596</sup> Cf. VON TUHR/ESCHER, § 68 IV, p. 107; CUENDET, N 99 ss.; ENGEL, *Traité*, p. 709; KOLLER, *Obligationenrecht*, § 45 N 6; MÜLLER-CHEN, p. 326; CHAPPUIS, *in* CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 357 avec réf.

976. Autre exemple, le cas de **l'exécution tardive**, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle le débiteur, ou son auxiliaire, fournit la prestation due mais tardivement, peut être appréhendé de plusieurs façons. Il est possible de le traiter comme un cas de demeure du débiteur, car il s'agit d'une inexécution dans une perspective chronologique. En même temps, les moyens dont le créancier peut se prévaloir en cas de demeure du débiteur pour obtenir ce qui lui est dû sont devenus inutiles du fait que le débiteur a désormais exécuté, certes tardivement, son obligation. Sous cet angle, la situation juridique ressemble beaucoup plus à un cas de mauvaise exécution : l'obligation a été exécutée, mais elle ne l'a pas été correctement.

977. Il y a même une caractéristique qui est propre à tous les cas d'inexécution (y compris la mauvaise exécution) : d'une manière ou d'une autre, **il s'agit toujours d'une défaillance par rapport à ce qui était dû**. Autrement dit, toute inexécution au sens large implique qu'il y a eu un événement qui a perturbé l'accomplissement de la prestation due et, de la sorte, le but principal de l'obligation<sup>1597</sup>. Indépendamment de la typologie de violation de l'obligation, le créancier n'est alors objectivement pas satisfait de ce qu'il a obtenu ou de ce qu'il peut obtenir en exécution de sa créance.<sup>1598</sup>

## 1.2. Les art. 97 à 109 CO

978. Parmi les dispositions générales du Code des obligations, on traite de l'inexécution (au sens large) surtout aux art. 97 à 109 CO sous le titre : « **Des effets de l'inexécution des obligations** »<sup>1599</sup>.

### 1.2.1. En général

979. Dans le deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations (art. 97 à 109 CO), le législateur fédéral a réglé les effets de l'inexécution au sens large des obligations par **des normes de portée générale**<sup>1600</sup>. Ainsi, en principe, ces règles valent pour l'inexécution (y compris la mauvaise exécution) de n'importe quelle obligation<sup>1601</sup>, indépendamment de la source de celle-ci (contrat, acte illicite, enrichissement illégitime, gestion d'affaires sans mandat ou autre

---

<sup>1597</sup> MÜLLER-CHEN, p. 53 et p. 59 n. 249. Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>1598</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, N 4.

<sup>1599</sup> En allemand, « Die Folgen der Nichterfüllung » ; en italien, « Conseguenze dell'inadempimento ».

<sup>1600</sup> Cf., par exemple, ENGEL, *Traité*, p. 683, et TERCIER, *obligations*, N 1019 et 1082.

<sup>1601</sup> Cf. WEBER 2, N 6 ss *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO ; CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* introduction aux art. 97-109 CO ; TERCIER, *obligations*, N 1017 et 1082 ; SCHWENZER, N 60.05 ; KELLER/SCHÖBI, IV, p. 129 ; PETIT-PIERRE, *inexécution*, p. 261 ; MORIN, *inexécution*, p. 352 ; YUNG, *Devoirs*, p. 167.

source légale)<sup>1602</sup>, du type de prestation due (de livrer, de faire ou de ne pas faire) et de la forme de l'inexécution (inexécution totale ou partielle); peu importe également qu'il s'agisse d'une obligation expresse ou implicite, principale ou accessoire<sup>1603</sup>, de moyens ou de résultat<sup>1604</sup>. On notera, en revanche, que les art. 104 à 106 CO traitent uniquement de l'inexécution (au sens large) d'une dette d'argent<sup>1605</sup>.

980. Les art. 97 à 109 CO sont, **en très large partie, de nature dispositives**<sup>1606</sup>.

981. THÉVENOZ observe que ces dispositions s'intéressent principalement à l'obligation comme telle et accessoirement à la source de celle-ci (notamment au contrat); elles **ne traitent du rapport d'obligations que par une sorte d'effet réflexe**<sup>1607</sup>.

982. Malgré le caractère général de ces dispositions, la réglementation des art. 97 à 109 CO n'apparaît pas comme unitaire si on lit le deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations à partir de ses titres marginaux<sup>1608</sup>. **La loi distingue, en effet, entre l'« inexécution »**<sup>1609</sup> (A : art. 97 à 101 CO) **et la « demeure du débiteur »**<sup>1610</sup> (B : art. 102 à 109 CO). Le but de ce chapitre est notamment d'analyser le rôle et la portée de cette distinction légale.

983. On notera déjà que **plaideurs et magistrats font plus souvent qu'on ne le penserait l'économie** de la difficile distinction entre impossibilité, mauvaise exécution et demeure « pour appliquer les grands principes qui gouvernent la responsabilité [dite<sup>1611</sup>] contractuelle »<sup>1612</sup>.

### 1.2.2. La situation de base

984. Tant que l'exécution d'une obligation exigible est possible, le débiteur doit accomplir la prestation due et le créancier accepter celle-ci si elle lui est

<sup>1602</sup> *Contra*, par exemple, mais minoritaires, GUGGENHEIM, *effets*, p. 5, et MARCHAND, *in* ENGEL ET ALII, p. 187.

<sup>1603</sup> CR-THÉVENOZ, N 24 s. *ad* art. 97 CO avec réf.

<sup>1604</sup> *Contra*, mais minoritaire, WERRO, *in* CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 369 ss avec réf.

<sup>1605</sup> TERCIER, *obligations*, N 1017.

<sup>1606</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 14 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO, et BUCHER, p. 328.

<sup>1607</sup> CR-THÉVENOZ, N 2 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 176. Dans le même sens TERCIER, *obligations*, N 96.

<sup>1608</sup> CR-THÉVENOZ, N 2 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 177; TERCIER, *obligations*, N 1015.

<sup>1609</sup> En allemand, « Ausbleiben der Erfüllung »; en italien, « inadempimento ».

<sup>1610</sup> En allemand, « Verzug des Schuldners »; en italien, « mora del debitore ».

<sup>1611</sup> Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'Introduction, notamment n. 41.

<sup>1612</sup> THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 203. Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; PETITPIERRE, *inexécution*, p. 261.

régulièrement offerte (art. 91 CO)<sup>1613</sup>. Pour l'obtenir, il peut actionner le débiteur en exécution, demander contre lui l'application des moyens de pression prévus par la loi ou l'exécution par la force de la prestation due. Apparemment, la situation juridique est donc (pour ainsi dire) exempte de vices, parce que le créancier peut obtenir ce qui lui est dû. En réalité, cela n'est vrai que **si le débiteur ne doit pas être considéré en retard**.

985. **L'art. 102 CO détermine à quelles conditions** le fait que le créancier ne reçoit pas la prestation due alors qu'il peut exiger celle-ci et que l'exécution est possible, constitue un cas d'inexécution au sens large. Il prévoit que le débiteur viole, en principe<sup>1614</sup>, son obligation dès l'interpellation du créancier au sens de l'art. 102 al. 1 CO ou dès l'expiration du jour fixé pour l'exécution (art. 102 al. 2 CO) : le débiteur est alors en demeure, soit il n'a pas exécuté la dette au moment où il aurait dû le faire.

986. Or, même si ce n'est que dans une perspective chronologique, **la demeure du débiteur est un cas d'inexécution**, soit un cas d'inaccomplissement de la prestation due<sup>1615</sup>.

987. **Limité au temps, il s'agit également d'un cas d'impossibilité subséquente**, parce que par définition le créancier ne peut plus obtenir l'exécution de l'obligation à temps<sup>1616</sup>. On en déduit qu'il n'est pas nécessairement aisé de distinguer en théorie entre impossibilité subséquente et demeure<sup>1617</sup>.

988. En pratique également, **la distinction entre demeure et impossibilité peut être difficile à faire**, surtout pour le créancier, dont l'optique est fondamentale en matière de responsabilité pour l'inexécution au sens large d'une obligation (comme le montre notamment le fonctionnement de l'art. 97 al. 1 CO<sup>1618</sup>) et qui, le plus souvent, ne connaît pas les raisons de la défaillance<sup>1619</sup>.

989. En plus, **demeure et impossibilité peuvent être réunies dans un même complexe de faits**, notamment parce qu'une impossibilité consécutive à la disparition de l'objet sur lequel porte la créance peut se produire lors

---

<sup>1613</sup> Sur la situation juridique tant que la prestation peut être effectuée, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 963.

<sup>1614</sup> Parfois, le débiteur a des motifs légitimes pour refuser sa prestation (TERCIER, *obligations*, N 1176 ; GUHL/KOLLER, § 32 N 6) ; d'autres fois, il serait juste que l'interpellation ne produise pas d'effets immédiatement dès la réception (TERCIER, *obligations*, N 1173).

<sup>1615</sup> Dans le même sens GUHL/KOLLER, § 32 N 1. Pour ce qu'on entend par « inexécution », cf. l'Introduction, notamment N 3.

<sup>1616</sup> Dans le même sens TERCIER, *obligations*, N 1164.

<sup>1617</sup> Cf., par exemple, BUCHER, p. 339, et SCHWENZER, N 63.11, avec des exemples.

<sup>1618</sup> S'agissant du fonctionnement de l'art. 97 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., p. 106, N 309 ss. Cf. également le paragraphe II.1.1.2., notamment N 322.

<sup>1619</sup> Sur l'ignorance de la part du créancier des causes de l'inexécution, cf. le paragraphe IV.1.1.2., notamment N 974.

d'une demeure (l'art. 103 al. 1 *in fine* et al. 2 deuxième hypothèse CO le présuppose).

990. Compte tenu de ces éléments, on aurait pu comprendre que le **législateur fédéral règle les effets de la demeure** en même temps que ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution. Pourtant, il a préféré en traiter **séparément aux art. 103 ss CO**. Il est, dès lors, intéressant d'analyser la relation entre ces dispositions et les règles de droit qui prévoient les effets de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution dans le prochain sous-chapitre (IV.1.3., N 991 ss).

### 1.3. Comparaison entre les art. 103 à 109 CO et les art. 97 à 101 CO

991. Si la réglementation des art. 103 à 109 CO était différente de celle des art. 97 à 101 CO ou en tout cas si les deux ne pouvaient pas être rapportées à un régime plus général visant tant le cas de la demeure que ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution, alors il serait capital, lors de l'application du droit, de déterminer la cause de l'inexécution au sens large. Autrement, seule la notion d'inexécution en elle-même serait fondamentale. Pour en juger, il est **nécessaire de comparer** les effets de la demeure avec ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution au sens des art. 97 à 101 CO.

#### 1.3.1. La réparation du préjudice subi par le créancier en raison de l'exécution tardive

992. « Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive » (art. 103 al. 1 CO), à moins qu'il ne prouve « qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part » (art. 103 al. 2 CO)<sup>1620</sup>. Le législateur fédéral a ainsi adapté au cas de la demeure du débiteur les principes généraux en matière de responsabilité pour l'inexécution d'une obligation, **sans qu'il en résulte autre chose que l'obligation pour le débiteur de réparer** le dommage subi par le créancier conformément aux art. 97 à 101 CO<sup>1621</sup>.

993. En particulier, tant selon la jurisprudence que selon la doctrine<sup>1622</sup>, le dommage pour cause de retard se calcule d'après l'intérêt qu'avait le créancier

---

<sup>1620</sup> TERCIER, *obligations*, N 1179; Tribunal cantonal (Valais), 4 juin 1996, RVJ 1997 p. 192, consid. 6a, p. 197.

<sup>1621</sup> WEBER 2, N 10 *ad* art. 103 CO; BaK-WIEGAND, N 1 *ad* art. 103 CO; TERCIER, *ibidem*.

<sup>1622</sup> Cf., par exemple, ATF 116/1990 II 441, consid. 2c, IdT 1991 I 166, 168, et Tribunal cantonal (Valais), 4 juin 1996, RVJ 1997 p. 192, consid. 6a, p. 197; ainsi que notamment GAUCH, N 665 (*idem* dans l'adaptation française par Benoît CARRON).



à recevoir la prestation en temps utile (soit, de manière plus générale, d'après l'intérêt à obtenir la bonne exécution de l'obligation) et il comprend aussi bien le manque à gagner (*lucrum cessans*) que la diminution effective du patrimoine (*damnum emergens*). En effet, la notion juridique de **dommage** et les principes juridiques sur **son calcul** sont les mêmes qu'il s'agisse d'un préjudice résultant de la demeure du débiteur ou d'une autre cause d'inexécution au sens large<sup>1623</sup>.

994. De même, l'art. 103 al. 1 CO ne donne droit qu'à la réparation du dommage en relation de **causalité naturelle et adéquate** avec la demeure, ce qu'il faut évaluer selon les principes généraux en matière de causalité<sup>1624</sup>.

995. L'art. 103 al. 2 première hypothèse CO indique clairement que le débiteur en demeure n'engage pas de responsabilité pour son propre comportement sans **faute** de sa part, ce qu'il faut évaluer selon les principes généraux valables pour toute responsabilité résultant de l'inexécution d'une obligation<sup>1625</sup>.

996. En plus, même si à la lettre de cette disposition l'absence de faute personnelle de la part du débiteur semble suffire à libérer ce dernier d'une éventuelle responsabilité, le Tribunal fédéral a expressément affirmé que le débiteur en demeure ne peut pas échapper à une condamnation à des dommages-intérêts si les conditions d'application de l'**art. 101 al. 1 CO** sont réalisées<sup>1626</sup>.

997. Comme à l'art. 97 al. 1 CO, le **fardeau de la preuve** est renversé en partie et c'est le débiteur qui doit prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable : le texte même de l'art. 103 al. 1 CO le montre<sup>1627</sup>.

998. En général, le débiteur répond de tout manquement à la diligence due conformément à l'**art. 99 al. 1 CO**, à moins que la responsabilité n'ait été limitée ou exclue selon les **art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO**<sup>1628</sup> ; et on détermine l'étendue et le mode de la réparation d'après les règles des **art. 99 al. 2 et 3 CO**<sup>1629</sup>. On notera à ce propos que le débiteur en demeure est dans son tort ; il peut alors être équi-

---

<sup>1623</sup> Cf. notamment l'ATF 116/1990 II 441, consid. 3a, JdT 1991 I 166, 168 ss.

<sup>1624</sup> BaK-WIEGAND, N 5 ad art. 103 CO. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 5 ad art. 103 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2670 ; ATF 116/1990 II 441, consid. 3b, p. 446, JdT 1991 I 166, 170.

<sup>1625</sup> BaK-WIEGAND, N 2 ad art. 103 CO ; WEBER 2, N 41 ad art. 103 CO ; VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 144 ; KELLER/SCHÖBI, I, p. 269 ; ainsi que l'ATF 116/1990 II 441, consid. 2b, JdT 1991 I 166, 168.

<sup>1626</sup> ATF 117/1991 II 65, consid. 2a ; ainsi que, par exemple, WEBER 2, N 44 ad art. 103 CO, et CR-THÉVENOZ, N 13 ad art. 103 CO.

<sup>1627</sup> Dans le même sens BaK-WIEGAND, N 3 ad art. 103 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2671 ; VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 143 ; CR-THÉVENOZ, N 11 ad art. 103 CO. Sur l'art. 97 al. 1 CO dérogeant au partage du fardeau de la preuve prévu à l'art. 8 CC, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 311.

<sup>1628</sup> Cf., par exemple, BaK-WIEGAND, N 2 ad art. 103 CO, et VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 144. Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>1629</sup> Cf., par exemple, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2674, et ATF 116/1990 II 441, consid. 3b, p. 446, JdT 1991 I 166, 170.

table que le débiteur ne puisse pas bénéficier des atténuations prévues à l'art. 99 al. 2 CO pour une éventuelle négligence ultérieure<sup>1630</sup>. Il n'y a pas de raison, en revanche, pour que cette règle soit limitée aux seuls cas de demeure du débiteur ; en particulier, elle est également intéressante en cas d'impossibilité partielle imputable à ce dernier.

### 1.3.2. Une responsabilité « même » pour le cas fortuit

999. Si le débiteur ne peut pas prouver qu'il s'est trouvé en demeure sans que celle-ci lui soit imputable, il « **répond même du cas fortuit** » selon le texte de l'art. 103 al. 1 *in fine* CO<sup>1631</sup>, c'est-à-dire de tout événement fortuit qui rend impossible l'exécution de la prestation<sup>1632</sup>. Le débiteur engage, en effet, sa responsabilité de toute manière pour le dommage résultant d'un événement subséquent à la demeure et qui lui est directement imputable en raison d'une faute propre ou du fait d'un auxiliaire selon l'art. 101 al. 1 CO<sup>1633</sup>. On pourrait alors croire que la responsabilité du débiteur en demeure couvre des circonstances qui ne seraient pas imputables à ce dernier autrement. En réalité, tel n'est pas le cas, comme le montre le paragraphe qui suit (IV.1.3.2.A., N 1000 ss).

#### A. Une responsabilité pour le *casus mixtus* découlant des principes généraux en matière de causalité

1000. La responsabilité « même » pour le cas fortuit au sens de l'art. 103 al. 1 *in fine* CO est une « **responsabilité pour le *casus mixtus*** »<sup>1634</sup>. On entend par *casus mixtus* le cas fortuit qui, venant s'ajouter à une attitude contraire au droit, produit ou augmente le dommage<sup>1635</sup>. Cette responsabilité « découle des principes généraux relatifs au rapport de causalité »<sup>1636</sup>.

1001. Autrement dit, le débiteur ne répond du dommage résultant du cas fortuit que s'il existe une relation de causalité naturelle et adéquate entre la demeure qui lui est imputable et le préjudice. Il faut que, d'abord, le cas fortuit et le dommage qui en découle soient des conséquences naturelles de la demeure, c'est-à-dire qu'ils ne se seraient pas produits si le débiteur avait exécuté son obligation à temps. Une fois que la relation de causalité naturelle entre la

<sup>1630</sup> De cet avis VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 145 ; BaK-WIEGAND, N 8 *ad* art. 103 CO ; ENGEL, *Traité*, p. 725 s.

<sup>1631</sup> En allemand, « haftet auch für den Zufall » ; en italien, « è responsabile anche del caso fortuito ».

<sup>1632</sup> GAUCH/CARRON, N 661. Cf. également WEBER 2, N 48 *ad* art. 103 CO.

<sup>1633</sup> Cf., par exemple, VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 145 s., et WEBER 2, N 59 *ad* art. 103 CO.

<sup>1634</sup> VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 73 I, p. 542 ; VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 145.

<sup>1635</sup> VON TUHR/ESCHER, § 13 n. 16, p. 90.

<sup>1636</sup> VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 73 I, p. 542 ; VON TUHR/ESCHER, § 73 I, p. 145 ; CR-THÉVENOZ, N 8 *ad* art. 103 CO ; *contra* BaK-WIEGAND, N 9 *ad* art. 103 CO.

demeure et le cas fortuit est établie, **elle est, en principe, également adéquate** (c'est-à-dire pertinente en droit), parce que le débiteur en demeure d'une manière qui lui est imputable est dans son tort et il doit supporter les conséquences qui résultent de cet état qui contrevient au droit ; à moins qu'il ne prouve que le cas fortuit aurait atteint la prestation due (l'expression « la chose due »<sup>1637</sup> employée par le législateur fédéral est trop étroite<sup>1638</sup>), au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps (art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO). Il faut encore que le dommage soit en lien de causalité adéquate avec le cas fortuit<sup>1639</sup>.

1002. **L'art. 103 al. 1 in fine CO précise donc l'adéquation de la relation de causalité** naturelle par rapport à une situation de *casus mixtus*, dans le sens que le cas fortuit est une éventualité avec laquelle le débiteur en demeure doit compter<sup>1640</sup>.

1003. Si cette disposition codifie expressément la rigueur dont le juge doit faire preuve envers le responsable dans l'appréciation de la causalité adéquate à propos de l'impossibilité (totale ou partielle) qui survient lors de la demeure du débiteur, il faut **en admettre l'idée de manière générale**<sup>1641</sup>, ce que confirme indirectement l'existence des art. 306 al. 3, 420 al. 3 et 474 al. 2 CO<sup>1642</sup>.

**Exemple :** Celui qui doit réparer un dommage résultant d'un acte illicite en vertu de l'art. 41 al. 1 CO (par exemple, parce qu'il a soustrait sans droit une voiture) répond également du cas fortuit qui n'aurait pas atteint la chose s'il n'avait pas commis l'acte illicite.

1004. En résumé, selon la conception défendue ici, lorsque le débiteur est en demeure d'une manière qui lui est imputable, la causalité entre la demeure et le cas fortuit, si elle est établie en fait, est toujours adéquate, à moins que celui-là ne puisse apporter la preuve de l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO. Il en résulte que, sous l'angle du rapport de causalité, **deux analyses sont, en pratique, décisives** pour savoir si le débiteur doit répondre du cas fortuit : celle de la causalité naturelle, dont le fardeau de la preuve incombe au créancier<sup>1643</sup>, et celle de la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO, dont le fardeau de la preuve incombe en revanche au débiteur<sup>1644</sup>. Il est intéressant de traiter plus en détail de cette preuve libératoire dans le prochain paragraphe (IV.1.3.2.B., N 1005 ss).

---

<sup>1637</sup> En allemand, « den Gegenstand der Leistung » ; en italien, « l'oggetto dovuto ».

<sup>1638</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2679.

<sup>1639</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY, N 3024.

<sup>1640</sup> Cf. CR-THÉVENOZ, N 8 *ad* art. 103 CO.

<sup>1641</sup> Cf. notamment VON TUHR/PETER, § 13 I 3, p. 90.

<sup>1642</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 8 *ad* art. 103 CO.

<sup>1643</sup> Cf., par exemple, BAK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 103 CO, et WEBER 2, N 63 *ad* art. 103 CO.

<sup>1644</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 10 *ad* art. 103 CO, et BAK-WIEGAND, N 14 *ad* art. 103 CO.

B. *La nature juridique de la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO*

1005. Une partie importante de la doctrine soutient que, lorsque les conditions de l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO sont réalisées, il n'existe même pas de relation de causalité naturelle entre la demeure et le dommage<sup>1645</sup>.

1006. Or, VON TUHR a mis en évidence qu'en réalité il faut distinguer de la rupture du lien de causalité naturelle les cas dans lesquels le dommage résulte réellement d'un acte contraire au droit, mais **serait survenu même sans celui-ci**<sup>1646</sup>. Il faut, en effet, séparer les faits des hypothèses. Dans ces cas, on ne peut pas nier l'existence d'un rapport de cause à effet entre l'acte et le préjudice. Par contre, il est équitable que ce lien logique ne soit pas pertinent en droit. Ainsi, DESCHENAUX a affirmé qu'il « n'y a pas rupture de la causalité [naturelle] lorsque le dommage résulte effectivement de la cause considérée, mais qu'il serait survenu même sans cette cause (cf. art. 102 al. 2 CO, qui atténue les conséquences de cette loi logique). »<sup>1647</sup>

1007. D'une part, le rapport de cause à effet entre deux événements est une relation telle que, « sans le premier événement, le second ne se serait pas produit »<sup>1648</sup> (*conditio sine qua non*). Le premier événement peut être un acte ou une omission<sup>1649</sup>. A l'inverse, il n'existe pas de lien de causalité naturelle si le deuxième événement est survenu indépendamment du premier. En d'autres termes, la causalité naturelle sert à distinguer les événements qui ont effectivement joué un rôle dans la survenance d'un autre événement<sup>1650</sup>. L'analyse est factuelle. Elle n'est pas hypothétique. C'est la raison pour laquelle on affirme, à raison, que l'analyse de la causalité naturelle relève du simple établissement des faits<sup>1651</sup>. Or, lorsque l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO s'applique, le fait que l'on puisse rendre hautement vraisemblable que le dommage serait survenu même si le débiteur s'était exécuté à temps n'enlève rien au constat que, **en fait, le dommage est survenu parce que le débiteur était en demeure.**

1008. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, l'on ne se demanderait même pas s'il était possible de retenir à l'avantage du débiteur la preuve libératoire en question. C'est dire que l'application de l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO **présuppose l'existence d'un lien de causalité naturelle ; elle ne l'exclut pas.**

<sup>1645</sup> Cf., par exemple, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2684, et KELLER/SCHÖBI, I, p. 269.

<sup>1646</sup> VON TUHR/PETER, § 13 I 5, p. 90 ss ; cf. également DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 23.

<sup>1647</sup> DESCHENAUX, *Norme*, p. 405.

<sup>1648</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 7.

<sup>1649</sup> DESCHENAUX/TERCIER, *ibidem*.

<sup>1650</sup> Cf. BREHM, N 109 *ad* art. 41 CO.

<sup>1651</sup> Cf., par exemple, BREHM, N 110 *ad* art. 41 CO avec réf., et REY, N 521 avec réf.

1009. D'autre part, **juger de la pertinence du point de vue juridique** appartient plus à la causalité adéquate qu'à la causalité naturelle, parce que c'est celle-là qui a pour fonction de trouver les limites de la réparation (c'est-à-dire de permettre au juge de ne retenir que le dommage qui mérite d'être réparé)<sup>1652</sup>, alors que l'analyse de la causalité naturelle relève du simple établissement des faits<sup>1653</sup>.

1010. A première vue, on étend alors la définition purement probabiliste de la causalité adéquate<sup>1654</sup>. Néanmoins, la démarche reste de nature probabiliste, car le débiteur qui veut démontrer que « le cas fortuit aurait atteint la chose due, au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps » (art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO) doit établir un **raisonnement hypothétique, dont il doit rendre vraisemblable la haute probabilité** pour que ce raisonnement soit retenu.

**Exemple :** Un vendeur doit livrer une vache le 1<sup>er</sup> mars. Il ne livre pas au jour fixé, et cela par sa faute. Le 6 mars, la vache périt chez le vendeur par cas fortuit (elle est frappée par la foudre). Toutefois, le 3 mars, la ferme de l'acheteur est incendiée ; tout son bétail est resté dans les flammes. La situation juridique est alors la suivante : En ne livrant pas la vache à la date convenue, le débiteur tombe en demeure. Sous l'angle de la causalité naturelle, la perte de l'animal est due à la demeure du débiteur. Dire que, si la vache avait été livrée le 1<sup>er</sup> mars, elle aurait, selon toute probabilité, aussi péri chez l'acheteur n'est qu'une hypothèse qui ne brise pas le lien de causalité naturelle, car il n'est pas sûr que l'acheteur eût gardé l'animal chez lui (il aurait, par exemple, pu le revendre ou l'amener directement à l'alpage). Par contre, si le vendeur réussit à rendre cette hypothèse hautement vraisemblable (art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO), il est inadéquat qu'il réponde de la destruction de la vache : le lien logique de causalité naturelle n'est alors pas pertinent en droit.<sup>1655</sup>

1011. Sous l'angle de la stricte analyse de droit des obligations, on arrive certes aux mêmes résultats pratiques tant si l'on considère la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO comme une preuve de l'absence de causalité naturelle entre la demeure et le préjudice, que comme une preuve de l'absence de causalité adéquate entre ces deux éléments : si le débiteur réussit la preuve, il est libéré de sa responsabilité que l'on suive l'une ou l'autre conception. En revanche, la querelle doctrinale a toute son importance dans l'optique de la résolution des litiges devant les instances judiciaires, notamment s'agissant du pouvoir de cognition du juge, pour lequel il est souvent déterminant de distinguer entre établissement des faits et application du droit.

---

<sup>1652</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 30 ; REY, N 522 ss ; BREHM, N 109 *ad* art. 41 CO.

<sup>1653</sup> Sur le lien entre causalité naturelle et établissement des faits, cf. *supra*, notamment N 1007.

<sup>1654</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 8 *ad* art. 103 CO. Cf. également DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 31 ; REY, N 525 ss avec réf.

<sup>1655</sup> VON TUHR/PETER, § 13 I 5, p. 90 s. ; DESCHENAUX/TERCIER, § 4 N 24.

En particulier, de la même manière qu'il ne pouvait pas être revu dans le cadre d'un recours en réforme au Tribunal fédéral<sup>1656</sup>, le constat de la causalité naturelle est une question de fait qui, en principe, échappe au Tribunal fédéral saisi par un recours en matière civile selon la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (art. 105 al. 1 et 97 al. 1 *in initio* LTF)<sup>1657</sup>. Admettre que l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO prévoit une preuve de l'absence de causalité naturelle entre la demeure et le préjudice **reviendrait à nier la possibilité pour le Tribunal fédéral de revoir** l'application de cette disposition, ce qui serait hautement insatisfaisant, en raison notamment de la nature essentiellement juridique, et non factuelle, de cette preuve libératoire.

1012. A l'inverse, le fait que **le Tribunal fédéral n'a jamais nié son pouvoir de cognition en la matière** est un indice supplémentaire que l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO ne prévoit pas une preuve de l'absence de causalité naturelle.

1013. En définitive, étant donné que le débiteur qui produit la preuve retenue à l'art. 103 al. 2 deuxième hypothèse CO montre, en réalité, qu'il n'existe **pas de relation de causalité adéquate entre la demeure et le dommage**, il faut admettre que la responsabilité du débiteur en demeure « même » pour le cas fortuit pré suppose l'existence d'un tel lien entre la demeure et le cas fortuit<sup>1658</sup>.

### 1.3.3. S'agissant de dettes d'argent, le versement d'un intérêt moratoire

1014. Une des caractéristiques les plus importantes de **l'argent** est qu'il **peut être placé et qu'il produit alors régulièrement de l'argent**<sup>1659</sup>. Dès lors, en cas de demeure du débiteur, le retard dans le paiement d'une dette d'argent<sup>1660</sup> prive le créancier de la possibilité d'investir avec profit la somme qui lui est due et offre au débiteur l'opportunité d'en profiter sans que cela ne se justifie.

1015. Le législateur fédéral a fait de ces éventualités fort probables **de véritables fictions** (au sens de présomptions irréfragables) en adoptant les **art. 104 et 105 CO**. Ces dispositions reposent sur l'idée qu'en cas de demeure du débiteur dans le paiement d'une somme d'argent le créancier subit une perte et

<sup>1656</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.3 avec réf. ; 128/2002 III 22, consid. 2d, p. 25 avec réf.

<sup>1657</sup> HOHL, *recours*, p. 97 ; ainsi que NAY, *loi*, p. 35.

<sup>1658</sup> *Contra* WEBER 2, N 49 et 56 *ad* art. 103 CO ; KELLER/SCHÖBI, I, p. 269. Sur l'idée que l'art. 103 al. 1 *in fine* CO précise l'adéquation de la relation de causalité naturelle par rapport à une situation de *casus mixtus*, cf. le paragraphe IV.1.3.2.A., notamment N 1002.

<sup>1659</sup> Cf., par exemple, l'ATF 125/1999 III 443, consid. 3d, p. 448, et SCHENKER, N 341.

<sup>1660</sup> Pour ce qu'il faut comprendre par « dette d'argent », cf. notamment WEBER 2, N 53 *ss ad* art. 104 CO avec réf.

le débiteur bénéficie d'un avantage indu, raison pour laquelle ce dernier doit verser au premier l'intérêt moratoire (soit lui payer davantage que le capital dû)<sup>1661</sup>.

1016. Comme le suggèrent, par exemple, les art. 104 al. 2<sup>1662</sup>, 104 al. 3<sup>1663</sup> et 105 al. 1 CO<sup>1664</sup>, on a alors essayé de régler le système de sorte qu'on ne doive l'intérêt moratoire que dans la mesure où on peut admettre *in abstracto* **qu'au profit illégitime du débiteur correspond une perte du créancier**<sup>1665</sup>. Par des fictions, le législateur a ainsi voulu éviter, en large partie, le risque que le juge ne soit confronté à des différends insolubles sur l'étendue (voire l'existence) de la perte subie par le créancier et de l'enrichissement indu du débiteur<sup>1666</sup>, et offrir à celui-là une compensation équitable dans des hypothèses où, en pratique, il est souvent difficile d'apporter la preuve d'événements qui, à première vue, semblent dans le cours ordinaire des choses. On considère que ces deux avantages notamment contrebalancent amplement le péril que les fictions sur lesquelles la loi se base soient parfois injustifiées *in concreto*<sup>1667</sup>.

1017. Il en résulte **une réglementation très particulière**, selon laquelle le créancier peut obtenir que le débiteur lui paie l'intérêt moratoire sans qu'il prouve que, en raison du retard, il a subi une perte<sup>1668</sup>, ni que le débiteur a réalisé un profit (un enrichissement) illégitime, ni que ce dernier est en demeure d'une manière qui lui est imputable, notamment qu'il a commis une faute<sup>1669</sup>.

1018. Le régime a alors plus d'**affinités avec celui des obligations résultant d'un enrichissement illégitime**<sup>1670</sup>, qu'avec celui de la responsabilité à la suite de l'inexécution au sens large d'une obligation, d'après lequel le débiteur n'engage de responsabilité que pour le dommage résultant d'un événement qui lui est imputable (en raison notamment d'une faute propre ou du fait d'un auxiliaire conformément à l'art. 101 al. 1 CO).

---

<sup>1661</sup> ATF 123/1997 III 241, consid. 4b, p. 245, JdT 1998 I 290, 294; BaK-WIEGAND, N 1 *ad* art. 104 CO; BUCHER, p. 361 s.; SCHENKER, N 337 avec réf.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2693.

<sup>1662</sup> Cf. Tribunal cantonal (Valais), 7 septembre 1995, RVJ 1996 p. 286, consid. 6b.

<sup>1663</sup> Cf. l'ATF 122/1996 III 53, consid. 4b, p. 55 s., JdT 1996 I 590, notamment p. 593.

<sup>1664</sup> Cf. *Rekurskommission* (Thurgovie), 3 avril 1995, RBOG 1995 p. 97 (n° 8), consid. 2b.

<sup>1665</sup> Cf. surtout SCHENKER, N 338 ss.

<sup>1666</sup> SCHENKER, N 341 avec réf.

<sup>1667</sup> En particulier, SCHENKER, *ibidem*.

<sup>1668</sup> On peut parler à ce propos tant de dommage que d'appauvrissement, parce que du point de vue de leur contenu les deux notions correspondent (CR-PETITPIERRE, N 8 *ad* art. 62 CO). Certes, pour d'évidentes raisons, on préfère employer la première en matière de responsabilité et la deuxième lorsqu'il est question d'un enrichissement illégitime.

<sup>1669</sup> ATF 123/1997 III 241, consid. 4b, p. 245, JdT 1998 I 290, 294; WEBER 2, N 34 ss *ad* art. 104 CO; BaK-WIEGAND, N 1 *ad* art. 104 CO; BUCHER, p. 362; TERCIER, *obligations*, N 1183; BECKER, N 4 *ad* art. 104 CO; SCHENKER, N 348 avec réf.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2693.

<sup>1670</sup> Dans le même sens TERCIER, *ibidem*; BECKER, *ibidem*; CANTIENI, p. 132 ss.

1019. Sans aucun doute, **le contenu des art. 104 et 105 CO diffère** de celui des art. 97 à 101 CO ; mais il diverge également de celui de l'art. 103 CO et des autres normes qui prévoient la réparation du dommage résultant de la demeure du débiteur (art. 106 al. 1, 107 al. 2, 109 al. 2 CO)<sup>1671</sup>. La différence s'explique par la nature particulière de l'argent<sup>1672</sup>, laquelle se reflète sur le régime même qui a été mis en place pour sanctionner l'inexécution des dettes d'argent<sup>1673</sup>.

1020. Certes, si le débiteur ne paie pas la somme qu'il doit, il peut s'agir uniquement d'un cas de demeure (en tout cas dans notre société actuelle, où l'argent est pratiquement un bien inextinguible ; *genera non pereunt*<sup>1674</sup>) ; ainsi, les art. 104 et 105 CO se trouvent dans la partie que le législateur suisse a consacrée à la demeure du débiteur. Néanmoins, ce qui précède montre que ces dispositions, plus qu'une particularité des règles sur la demeure par rapport aux art. 97 à 101 CO, constituent une **exception, pour ce qui concerne l'inexécution des dettes d'argent**, par rapport à toute la réglementation en matière de responsabilité dite contractuelle<sup>1675</sup>.

### 1.3.4. La réparation du dommage qui dépasse l'intérêt moratoire

1021. On analysera d'abord l'art. 106 al. 1 CO (A.), ensuite l'art. 106 al. 2 CO (B.).

#### A. Analyse de l'art. 106 al. 1 CO

1022. Lorsque le débiteur ne paie pas la somme d'argent qu'il doit et que le dommage subi par le créancier du fait de la demeure dépasse l'intérêt moratoire légalement dû en vertu des art. 104s. CO, le débiteur est tenu selon l'art. 106 al. 1 CO de **réparer également ce dommage**, dans la mesure où il ne parvient pas à prouver que celui-ci résulte de circonstances qui ne lui sont pas imputables, en particulier qu'il n'a commis aucune faute<sup>1676</sup>.

1023. Il est admis que **l'art. 106 al. 1 CO ne fait que reprendre les règles de droit de l'art. 103 CO** pour l'hypothèse particulière dans laquelle le dommage qu'éprouve le créancier en raison de la demeure du débiteur dans l'exécution d'une dette d'argent excède l'intérêt moratoire<sup>1677</sup>.

<sup>1671</sup> Cf., par exemple, TERCIER, *ibidem*, et VON TUHR/ESCHER, § 72 V, p. 141 s.

<sup>1672</sup> Sur la nature particulière de l'argent, cf. *supra*, notamment N 1014.

<sup>1673</sup> En particulier, VON TUHR/ESCHER, § 72 n. 57, p. 142, et § 73 n. 22, p. 146.

<sup>1674</sup> Cf., par exemple, TERCIER, *obligations*, N 990, et CR-THÉVENOZ, N 17 *ad* art. 97 CO.

<sup>1675</sup> Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'Introduction, notamment n. 41.

<sup>1676</sup> ATF 123/1997 III 241, consid. 4b, p. 245, JdT 1998 I 290, 294.

<sup>1677</sup> Déjà ainsi l'ATF 60/1934 II 337, consid. 2 ; cf. également WEBER 2, N 5 *ad* art. 106 CO ; BaK-WIEGAND, N 2 et 4 *ad* art. 106 CO ; CR-THÉVENOZ, N 1 et 4 *ad* art. 106 CO ; TERCIER, *obligations*, N 1186.



1024. On a vu qu'on retrouve à l'art. 103 CO des normes qui valent également en cas d'impossibilité ou de mauvaise exécution au sens des art. 97 à 101 CO<sup>1678</sup>. Par conséquent, l'art. 106 al. 1 CO aussi, qui applique à un cas particulier de demeure les règles de l'art. 103 CO, **ne fait que reprendre, de la sorte, les principes généraux** qui gouvernent toute responsabilité pour l'inexécution d'une obligation<sup>1679</sup>.

**Exemple :** Le dommage pertinent est égal à la différence entre l'état hypothétique du patrimoine du créancier tel qu'il serait si ce dernier avait obtenu l'exécution de l'obligation à temps et son état actuel (autrement dit, il correspond à l'intérêt à la bonne exécution de l'obligation violée) ; on ne prendra en compte le montant ainsi déterminé que dans l'éventualité et la mesure où il dépasse l'intérêt moratoire légalement dû en vertu des art. 104 s. CO<sup>1680</sup>.

### B. *Analyse de l'art. 106 al. 2 CO*

1025. L'art. 106 al. 2 CO prévoit que, si le dommage supplémentaire peut être évalué à l'avance, le juge a la faculté d'en déterminer le montant dans le jugement prononçant sur le dommage qui existe déjà<sup>1681</sup>.

1026. Cette règle vaut de manière générale lorsqu'il est question de faire réparer le dommage résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation ; il s'agit même d'une règle générale qui est applicable à toute action en dommages-intérêts<sup>1682</sup>.

### 1.3.5. Les règles particulières des art. 107 à 109 CO

1027. Lorsqu'un débiteur est en demeure dans l'exécution d'un contrat parfaitement bilatéral, le créancier peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter selon **l'art. 107 al. 1 CO** (sous réserve des cas visés par **l'art. 108 CO**, dans lesquels la fixation d'un délai n'est pas nécessaire<sup>1683</sup>). Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, il a le choix suivant : il peut continuer de demander l'exécution – ainsi que des dommages-intérêts pour cause de retard – ou, s'il en fait la déclaration immédiate, il peut renoncer à ce droit. Si le créancier choisit de renoncer à l'exécution

---

<sup>1678</sup> S'agissant de la comparaison entre l'art. 103 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. les paragraphes IV.1.3.1. et IV.1.3.2., p. 347, N 992 ss.

<sup>1679</sup> Dans le même sens TERCIER, *obligations*, N 1186.

<sup>1680</sup> ATF 123/1997 III 241, consid. 4b, p. 245 s., JdT 1998 I 290, 295. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 6 *ad* art. 106 CO.

<sup>1681</sup> VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 73 n. 29, p. 544.

<sup>1682</sup> VON TUHR/ESCHER, § 73 n. 29, p. 147 ; VON TUHR/PETER, § 15 VII 2, p. 124 ; WEBER 2, N 48 *ad* art. 106 CO ; SCHENKER, N 394 avec réf.

<sup>1683</sup> Cf. TF, 1ère Cour civile, 19 septembre 1995, RVJ 1996 p. 280, consid. 2b bb, p. 283.

*in natura*, il peut réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat (**art. 107 al. 2 CO**).<sup>1684</sup>

1028. La résolution du contrat crée un rapport de liquidation dans le cadre duquel les prestations promises ne doivent plus être exécutées et les prestations déjà fournies doivent être restituées en nature ou en argent (**art. 109 al. 1 CO**), les parties devant être replacées, autant que possible, dans la situation patrimoniale qui aurait été la leur si le contrat n'avait jamais été conclu<sup>1685</sup>. Le créancier peut, en outre, demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, à moins que le débiteur ne prouve « qu'aucune faute ne lui est imputable » (**art. 109 al. 2 CO**)<sup>1686</sup>.

1029. Il s'agit de **déterminer le rapport** entre les particularités du régime instauré par les art. 107 à 109 CO et la réglementation des art. 97 à 101 CO. On traitera l'un après l'autre des éléments qui, en tout cas à première vue, diffèrent de ce qui est prévu par ces autres dispositions.

#### A. *La fixation d'un délai convenable pour s'exécuter*

1030. L'obligation a pour fin l'exécution et, tant que la prestation peut être effectuée, le débiteur doit l'accomplir et le créancier la recevoir<sup>1687</sup>. La faculté pour ce dernier de renoncer à l'exécution *in natura* en cas de demeure de l'autre (art. 107 al. 2 CO) contrevient à ce principe et a un impact considérable sur le rapport d'obligations lorsqu'on s'en prévaut : le débiteur ne peut plus fournir la prestation due et il est exposé, suivant le choix du créancier, à ce que ce dernier le prive même du droit à la contre-prestation (art. 107 al. 2 troisième hypothèse CO). Dès lors, une telle faculté est **conforme au sentiment de l'équité s'il s'agit d'une ultima ratio**. Il faut pour cela qu'elle soit soumise à certaines conditions. En particulier, le créancier doit, en principe et sous réserve des cas visés par l'art. 108 CO, fixer au débiteur en demeure, ou lui faire fixer par l'autorité compétente, un délai convenable pour s'exécuter.<sup>1688</sup>

1031. Le créancier offre ainsi au débiteur une dernière occasion d'accomplir la prestation due et d'éviter les conséquences, souvent fort graves, d'une renonciation à l'exécution *in natura*<sup>1689</sup>. Autrement dit, la fixation d'un délai convenable pour s'exécuter est une **mesure destinée à ménager les intérêts**

<sup>1684</sup> Cette paraphrase est reprise en large partie de l'ATF 123/1997 III 16, consid. 4, p. 21, JdT 1999 I 99, 104.

<sup>1685</sup> ATF 123/1997 III 16, consid. 4b, JdT 1999 I 99, 105.

<sup>1686</sup> Cf. l'ATF 123/1997 III 16, consid. 4d, JdT 1999 I 99, 107.

<sup>1687</sup> Sur la situation juridique tant que la prestation peut être effectuée, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 963.

<sup>1688</sup> Cf., par exemple, VON TUHR/ESCHER, § 73 III, p. 148, et BUCHER, p. 366 ; ou, à titre illustratif, TF, 1ère Cour civile, 21 octobre 1997, Rep. 1998 p. 70, notamment consid. 2a, p. 73.

<sup>1689</sup> VON TUHR/ESCHER, *ibidem* ; BUCHER, p. 366 s. ; SCHWENZER, N 66.14.

**du débiteur en demeure** autant que possible (elle ne doit, en revanche, pas nuire d'une manière inacceptable aux intérêts du créancier, de sorte que plus ce dernier a intérêt à une prompt exécution, plus le délai convenable est court)<sup>1690</sup>. Son but est également de **clarifier** la situation juridique et attirer l'attention du débiteur sur celle-ci<sup>1691</sup>.

1032. Par contre, la loi aurait imposé au créancier le respect d'une formalité inutile si elle avait exigé de lui que, lorsque l'obligation ne peut plus être exécutée, un délai convenable soit fixé au débiteur pour que ce dernier ait une dernière occasion de fournir la prestation due. Du fait même de l'impossibilité, la situation juridique est alors claire : le débiteur ne peut plus accomplir la prestation, le créancier ne peut plus la recevoir, ni la réclamer<sup>1692</sup>. Il en va de même lorsque le débiteur, ou son auxiliaire, a exécuté la dette mais ne l'a pas fait correctement ; en effet, dans cette hypothèse, la prestation due a été accomplie et l'obligation a pris fin, de sorte qu'il n'est plus question pour celui-là de l'exécuter<sup>1693</sup>. On constate donc qu'il serait **superflu** de demander la fixation d'un délai supplémentaire **en cas d'impossibilité subséquente ou de mauvaise exécution**, raison pour laquelle les art. 97 à 101 CO ne la prévoient pas<sup>1694</sup>.

1033. L'art. 108 CO également prévoit des hypothèses (exceptionnelles<sup>1695</sup>) dans lesquelles le créancier peut renoncer à la prestation due sans fixer de délai au débiteur en demeure, parce qu'il s'agirait d'une formalité sans aucune utilité ou parce que celui-là a perdu tout intérêt à une exécution ultérieure<sup>1696</sup>. Il nous semble que les cas de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution **s'apparentent à ceux appréhendés par l'art. 108 CO**.

1034. **En résumé**, l'obligation tend à l'exécution et le créancier ne peut renoncer à celle-ci qu'après avoir fixé au débiteur ou lui avoir fait fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter. Exceptionnellement, cette mesure est inutile ou excessive, raison pour laquelle elle n'est alors pas nécessaire. C'est le cas tant des trois hypothèses énumérées à l'art. 108 CO, que des cas de figure visés à titre principal par les art. 97 à 101 CO (c'est-à-dire ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution).

---

<sup>1690</sup> Cf., par exemple, VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 73 III, p. 546, et VON TUHR/ESCHER, § 73 III, p. 149.

<sup>1691</sup> BUCHER, p. 367 ; ainsi que ENGEL, *Traité*, p. 725 s.

<sup>1692</sup> Sur la situation juridique si l'exécution de l'obligation ne peut plus être obtenue, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 965.

<sup>1693</sup> A propos de la situation juridique lorsque le débiteur a exécuté « valablement » l'obligation mais ne l'a pas fait correctement, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 967.

<sup>1694</sup> A titre d'exemple, cf. l'ATF 122/1995 III 66, consid. 3 c, p. 71, JdT 1997 I 19, 24.

<sup>1695</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 4 ad art. 108 CO, et BUCHER, p. 369.

<sup>1696</sup> Cf., par exemple, TERCIER, *obligations*, N 1198, et SCHWENZER, N 66.18.

B. *La déclaration de renoncer à l'exécution in natura*

1035. Lors d'une demeure du débiteur, si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration du délai convenable ou indépendamment de celui-ci si la fixation d'un délai de grâce n'est (exceptionnellement) pas nécessaire<sup>1697</sup>, le créancier est réputé vouloir persister dans l'exécution du contrat et continuer à demander la prestation promise, assortie de dommages-intérêts pour cause de retard (art. 103 ou 104 ss CO), **à moins qu'il ne déclare renoncer à l'exécution in natura**<sup>1698</sup>. Il exerce alors un droit formateur (par un acte juridique unilatéral) qui modifie le rapport d'obligations<sup>1699</sup>.

1036. Selon une conception classique, la loi ne prévoit le droit de renoncer à l'exécution en nature qu'en cas de demeure du débiteur dans un contrat parfaitement bilatéral lorsque l'obligation inexécutée se trouve dans un rapport d'échange avec une obligation du créancier (art. 107 al. 1 CO)<sup>1700</sup>; en réalité, **il se justifie d'admettre ce droit pour tout rapport d'obligations** et d'appliquer l'art. 107 CO, le cas échéant par analogie, même lorsque la demeure concerne une obligation qui n'est pas dans un rapport d'échange avec une obligation du créancier, voire même si l'obligation inexécutée résulte d'un contrat bilatéral imparfait ou d'un rapport d'obligations unilatéral<sup>1701</sup>. En effet, la *ratio legis* du droit de renoncer à l'exécution *in natura* ne réside pas dans la nécessité de régler le sort d'une éventuelle contre-prestation, mais dans l'absence d'intérêt du créancier à recevoir en nature la prestation due<sup>1702</sup>.

1037. D'une part, lorsque le créancier entend renoncer à la prestation et que, pour ce faire, il doit fixer un délai de grâce, il doit manifester au débiteur sa volonté en ce sens **immédiatement à l'échéance du délai convenable**. La manifestation de volonté est immédiate si elle intervient dans le délai nécessaire, étant données les circonstances, pour prendre une décision sur la façon de terminer l'affaire<sup>1703</sup>.

1038. Faute d'une déclaration immédiate, la « simple » demeure reprend son cours<sup>1704</sup>. Néanmoins, le créancier qui veut faire valoir les droits supplémentaires prévus à l'art. 107 al. 2 CO pourra **fixer (ou faire fixer) un nouveau délai**

<sup>1697</sup> S'agissant de la fixation au débiteur d'un délai convenable pour s'exécuter, cf. le paragraphe IV.1.3.5. A., p. 358, N 1030 ss.

<sup>1698</sup> Cf., par exemple, ENGEL, *Traité*, p. 731, et BUCHER, p. 372.

<sup>1699</sup> Cf., par exemple, VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 73 n. 71, p. 548 (*idem* VON TUHR/ESCHER, § 73 n. 71, p. 152), et BUCHER, p. 373.

<sup>1700</sup> SCHWENZER, N 66.13.

<sup>1701</sup> Cf. notamment BUCHER, p. 340, notamment n. 48; GUHL/KOLLER, § 32 N 21; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2733; ENGEL, *Traité*, p. 682; MORIN, *inexécution*, p. 376 et 377 s.

<sup>1702</sup> MORIN, *inexécution*, p. 376.

<sup>1703</sup> VON TUHR/ESCHER, § 73 V, p. 153. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 17 *ad* art. 107 CO, et BUCHER, p. 374.

<sup>1704</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 17 *ad* art. 107 CO, et TERCIER, *obligations*, N 1200.

**convenable**<sup>1705</sup>. En revanche, la fixation advenue d'un délai de grâce ne l'oblige pas à renoncer à l'exécution en nature (comme le dit ENGEL, « en dépit de la demeure du débiteur, le créancier ne perd pas le droit de s'en tenir au contrat jusqu'à l'exécution inclusivement »<sup>1706</sup>). Il peut renoncer à l'exécution *in natura* immédiatement à l'échéance du délai accordé tant qu'il ne viole pas les règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC en fixant ce nouveau délai<sup>1707</sup>.

1039. D'autre part, **lorsque la fixation d'un délai convenable n'est pas nécessaire**, on n'exige évidemment pas du créancier qui veut renoncer à l'exécution en nature qu'il le déclare immédiatement à l'échéance d'un délai de grâce<sup>1708</sup>. Toutefois, s'il ne faut pas de déclaration immédiate, il n'en reste pas moins que, comme dans l'autre hypothèse, le créancier doit exercer ses droits en conformité avec les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)<sup>1709</sup>.

On notera, à ce propos, que le risque de spéculation de la part du créancier n'est pas significativement plus important dans cette hypothèse que dans l'autre ; en effet, dans celle-là aussi, le créancier n'est définitivement déchu de la possibilité d'invoquer les droits supplémentaires prévus à l'art. 107 al. 2 CO que si son comportement est contraire aux règles de la bonne foi<sup>1710</sup>. Ainsi, il peut, en principe, laisser expirer le délai imparti sans se prononcer, en fixer un nouveau (qui pourra, vraisemblablement, être plus court, étant donné qu'il s'agit d'un deuxième délai<sup>1711</sup>) et renoncer à la prestation promise à l'échéance de ce nouveau délai convenable<sup>1712</sup>. Il peut répéter cette démarche. D'ailleurs, le risque de spéculation par le créancier est en soi relativement peu pertinent, puisque le débiteur a un moyen très efficace pour éviter toute spéculation (en tout cas si l'inexécution lui est imputable) : il lui suffit de faire en sorte que la prestation due soit fournie au créancier avant que ce dernier ait choisi de renoncer à l'exécution *in natura*<sup>1713</sup>.

1040. **Le régime montre une prééminence de l'exécution en nature** par rapport aux autres moyens qui s'offrent au créancier en cas de demeure<sup>1714</sup>. Une telle primauté est admise de manière générale ; ainsi, en droit suisse, on considère que l'exécution forcée constitue la suite par excellence de l'inexécution

---

<sup>1705</sup> TERCIER, *obligations*, N 1200 ; ainsi que BUCHER, p. 372 n. 169.

<sup>1706</sup> ENGEL, *Traité*, p. 731.

<sup>1707</sup> Cf., par exemple, BUCHER, p. 372 et p. 374, et VON TUHR/ESCHER, § 73 V, p. 153.

<sup>1708</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 49 *ad* art. 108 CO.

<sup>1709</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 50 *ad* art. 108 CO.

<sup>1710</sup> Sur la possibilité pour le créancier de fixer un nouveau délai convenable tant qu'il ne viole pas les règles de la bonne foi, cf. *supra*, notamment N 1038.

<sup>1711</sup> ATF 123/1997 III 124, consid. 3b, p. 128, JdT 1998 I 295, 299.

<sup>1712</sup> Dans le même sens BUCHER, p. 374 n. 179.

<sup>1713</sup> ENGEL, *Traité*, p. 729 ; BUCHER, p. 374 ; WEBER 2, N 52 *ad* art. 108 CO ; ainsi que l'ATF 121/1995 III 453, consid. 4b, JdT 1997 I 199, 206.

<sup>1714</sup> Cf., par exemple, MÜLLER-CHEN, p. 63, et ENGEL, *Traité*, p. 731.

d'une obligation, dans l'idée que par ce moyen on satisfait pour le mieux aux intérêts du créancier<sup>1715</sup>.

En revanche, en droit anglo-américain notamment, l'exécution forcée (*enforced performance*) est, aujourd'hui encore, l'exception par rapport à l'action en dommages-intérêts (*damages*), celle-ci étant considérée comme la suite « naturelle » de toute inexécution<sup>1716</sup>.

1041. Or, la **prééminence dogmatique de l'exécution en nature s'estompe, en pratique**, lorsqu'il n'est plus question pour le créancier d'obtenir la prestation due en raison des circonstances du cas particulier ; ainsi, s'il est devenu impossible d'exécuter l'obligation<sup>1717</sup>, ou si le créancier a déjà reçu la prestation mais que le débiteur, ou son auxiliaire, ne l'a pas accomplie correctement<sup>1718</sup>. Dans ces hypothèses, par la force des choses, le créancier ne peut plus prétendre à l'exécution en nature ; de même, il ne peut ni ne doit manifester sa volonté de renoncer à la prestation due pour modifier le rapport d'obligation.

1042. Il s'agit de **situations exceptionnelles** qui, **plus pour des raisons de fait que dogmatiques**, dérogent à l'idée selon laquelle tout créancier doit obtenir ce qui lui est dû à moins qu'il n'exerce un droit formateur lui permettant de changer le rapport d'obligation<sup>1719</sup>.

### C. *Se départir du contrat*

1043. Si le créancier choisit de renoncer à l'exécution *in natura*, il peut réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou, si la demeure concerne une obligation qui repose sur un contrat parfaitement bilatéral, se départir du contrat<sup>1720</sup>. Dans l'optique de ce sous-chapitre, il n'est pas nécessaire de développer la première de ces deux prétentions : on admet, en effet, qu'elle s'apprécie selon les principes applicables en cas d'impossibilité, c'est-à-dire en conformité avec les art. 97 à 101 CO<sup>1721</sup>. En revanche, ces dispositions ne prévoient pas la possibilité de mettre fin au rapport d'obligations. **S'agit-il d'une**

<sup>1715</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 4 *ad* art. 98 CO, et BUCHER, p. 328.

<sup>1716</sup> Cf. BUCHER, p. 328 n. 1.

<sup>1717</sup> Sur la situation juridique si l'exécution de l'obligation ne peut plus être obtenue, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 965.

<sup>1718</sup> A propos de la situation juridique lorsque le débiteur a exécuté « valablement » l'obligation mais ne l'a pas fait correctement, cf. le paragraphe IV.1.1.1., notamment N 967.

<sup>1719</sup> A titre d'exemple, cf. l'ATF 122/1995 III 66, consid. 3c, p. 71, JdT 1997 I 19, 24.

<sup>1720</sup> Sur la situation du créancier qui choisit de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5., notamment N 1028.

<sup>1721</sup> Cf. BaK-WIEGAND, N 16 *ss ad* art. 107 CO ; VON TUHR/ESCHER, § 73 VI, p. 154 ; BUCHER, p. 379 s. Cf. également les ATF 126/2000 III 230, consid. 7a bb, p. 235 s. ; 123/1997 III 16, consid. 4d, JdT 1999 I 99, 107 ; 116/1990 II 441, consid. 2a, JdT 1991 I 166, 167.

**particularité de la demeure du débiteur** qu'il ne faut pas admettre en cas d'impossibilité subséquente ou de mauvaise exécution?

1044. La doctrine aujourd'hui largement majoritaire considère qu'il ne se justifie pas que le créancier qui ne peut plus obtenir l'exécution de la prestation due à cause d'une impossibilité subséquente puisse **se trouver dans une situation juridique qui lui est plus défavorable** que celle du créancier qui est confronté à un cas de demeure du débiteur<sup>1722</sup>. Tel est notamment le cas lorsque la contre-prestation que doit le créancier est d'une valeur supérieure à la prestation devenue impossible (comme, par exemple, en cas de donation mixte), ou lorsque la prestation a, pour le créancier, une valeur (d'affection, de collection, symbolique, etc.) supérieure à sa valeur marchande : la contre-prestation échangée par le créancier ou imputée par celui-ci sur le dédommagement auquel il peut prétendre dépasse ce dernier. L'obtention de dommages-intérêts pour cause d'inexécution ne représente alors pas un désintéressement suffisant pour le créancier, qui a plus d'intérêt à pouvoir se départir du contrat.<sup>1723</sup>

1045. Or, les **intérêts en présence dans les deux hypothèses d'inexécution sont comparables** : le droit du créancier de résoudre le rapport d'obligations trouve son fondement dans l'idée qu'on ne saurait équitablement contraire le créancier à rester lié par sa promesse d'exécuter le contrat lorsque le débiteur ne respecte pas ses propres obligations et cette *ratio legis* est tout aussi pertinente en cas de demeure qu'en cas d'impossibilité subséquente<sup>1724</sup>.

1046. Il est donc permis d'avoir les plus grands doutes quant au fait qu'il faut comprendre le silence du législateur fédéral comme un silence qualifié<sup>1725</sup>. Au contraire, il est légitime que, **en cas d'impossibilité subséquente, le créancier puisse se départir du contrat** aux mêmes conditions que lors d'une demeure du débiteur, par une application analogique des art. 107 à 109 CO<sup>1726</sup>. D'ailleurs, dans les contrats parfaitement bilatéraux, une « résolution légale » sanctionne déjà l'impossibilité subséquente non fautive (art. 119 al. 2 CO)<sup>1727</sup>.

1047. Les mêmes arguments justifient que le créancier puisse se départir du contrat en cas de mauvaise exécution. D'ailleurs, les règles de la partie spéciale du Code des obligations prévoient souvent expressément, parmi les droits rat-

---

<sup>1722</sup> Cf., par exemple, BUCHER, p. 339, et GUHL/KOLLER, § 31 N 3.

<sup>1723</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 63 *ad* art. 97 CO, et MORIN, *inexécution*, p. 376 s.

<sup>1724</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 22 *ad* art. 109 CO, et MORIN, *inexécution*, p. 376.

<sup>1725</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 118 *ad* art. 97 CO avec réf., et CR-THÉVENOZ, N 63 *ad* art. 97 CO.

<sup>1726</sup> WEBER 2, N 118, 121 et 269 *ad* art. 97 CO, N 50 *ad* art. 107 CO, N 19 *ad* art. 109 CO avec réf.; CR-THÉVENOZ, N 63 *ad* art. 97 CO; BaK-WIEGAND, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO avec réf., N 58 *ad* art. 97 CO; GUHL/KOLLER, § 31 N 3; PETITPIERRE, *inexécution*, p. 263; MORIN, *inexécution*, p. 377 s.; *contra* VON TUHR/ESCHER, § 68 III, p. 105, notamment n. 79.

<sup>1727</sup> PETITPIERRE, *inexécution*, p. 263.

tachés à cette forme d'inexécution, la possibilité pour celui-là de résoudre le rapport d'obligations (ainsi aux art. 205, 258 al. 1 et 368 CO), ce qui confirme que **ce moyen est légitime même en cas de mauvaise exécution**<sup>1728</sup>.

1048. Il en ressort que le créancier doit pouvoir se départir d'un rapport d'obligations sans égard à la cause de l'inexécution, en particulier en cas d'impossibilité subséquente ou de mauvaise exécution également, bien que ce droit ne soit pas prévu aux art. 97 à 101 CO<sup>1729</sup>. Les mêmes raisons qui justifient ce comblement du silence du législateur suisse requièrent que **les conditions** dont dépend la possibilité pour le créancier de se prévaloir de ce moyen **soient, en principe, les mêmes**, indépendamment de la forme de l'inexécution<sup>1730</sup>.

1049. Ainsi, puisque ni l'art. 107 al. 2 CO ni, par exemple, les art. 205, 258 al. 1 et 368 CO, déjà mentionnés, n'exigent que l'inexécution résulte de circonstances imputables au débiteur (en raison d'une faute propre ou du fait d'un auxiliaire conformément à l'art. 101 al. 1 CO), il faut admettre que, de manière générale, le créancier peut se départir du contrat **même si l'inexécution au sens large n'est pas imputable au débiteur**<sup>1731</sup>.

1050. Le législateur fédéral a, néanmoins, prévu des **règles spéciales à l'art. 119 CO** pour l'hypothèse dans laquelle l'inexécution est due à une impossibilité subséquente par suite de circonstances non imputables au débiteur. Comme pour le fait que le créancier ne doit pas manifester sa volonté de renoncer à la prestation due pour modifier le rapport d'obligation s'il est devenu impossible d'exécuter celui-ci, ces normes particulières s'expliquent par la situation exceptionnelle que constitue, à certains égards, un cas d'impossibilité subséquente non imputable au débiteur<sup>1732</sup>.

1051. En revanche, le droit de se départir du contrat ne doit être admis **que si l'inexécution au sens large est grave**<sup>1733</sup>. On trouve, par exemple, cette exigence aux art. 258 al. 1 CO (« défauts qui excluent ou entravent considérablement l'usage »<sup>1734</sup>), 368 al. 1 CO (« Lorsque l'ouvrage est si défectueux ou si

<sup>1728</sup> WEBER 2, N 270 *ad* art. 97 CO ; CR-THÉVENOZ, N 63 *ad* art. 97 CO ; BaK-WIEGAND, N 58 *ad* art. 97 CO ; KELLER/SCHÖBI, I, p. 284 ; PETITPIERRE, *inexécution*, p. 263 ; MORIN, *inexécution*, p. 377 s.

<sup>1729</sup> En particulier, BaK-WIEGAND, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO et N 58 *ad* art. 97 CO.

<sup>1730</sup> Dans le même sens MORIN, *inexécution*, p. 378.

<sup>1731</sup> Cf., par exemple, BaK-WIEGAND, N 58 *ad* art. 97 CO, et WEBER 2, N 121 *ad* art. 97 CO.

<sup>1732</sup> Sur l'impossibilité subséquente, ainsi que la mauvaise exécution, en tant que situations exceptionnelles par rapport à la déclaration de renoncer à l'exécution *in natura*, cf. le paragraphe IV.1.3.5.B., notamment N 1042.

<sup>1733</sup> WEBER 2, N 270 *ad* art. 97 CO ; KELLER/SCHÖBI, I, p. 284 ; PETITPIERRE, *inexécution*, p. 263 ; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 190 ss, notamment p. 193 ; MORIN, *inexécution*, p. 379. Cf. également l'ATF 123/1997 III 124, consid. 3b, p. 128, JdT 1998 I 295, 299.

<sup>1734</sup> En allemand, « Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen » ; en italien, « difetti che ne escludono o ne diminuiscono notevolmente l'idoneità all'uso ».



peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage ou être équitablement contraint à l'accepter<sup>1735</sup> ») et 205 al. 2 CO (« résolution [...] justifiée par les circonstances »<sup>1736</sup>)<sup>1737</sup>. Par contre, elle ne figure apparemment pas à l'art. 107 CO ; néanmoins, le créancier est plus sensible à la violation d'une obligation lorsqu'il est, à son tour, tenu de fournir une prestation en contrepartie de celle du débiteur, de sorte qu'en général il est toujours grave de ne pas exécuter (au sens large) une dette dans le cadre d'un rapport d'échange (synallagmatique). Etant donné que le législateur suisse a limité le champ d'application de l'art. 107 al. 2 CO aux contrats (parfaitement<sup>1738</sup>) bilatéraux, on peut affirmer que cette disposition également ne permet au créancier de résoudre le rapport d'obligations que si l'inexécution est d'une certaine gravité.

1052. **Pour juger de la gravité** de l'inexécution au sens large, la doctrine se réfère souvent aux critères retenus dans la Convention (notamment à l'art. 25 CVIM)<sup>1739</sup>. Or, il existe peut-être une règle de droit parmi les dispositions générales du Code des obligations intéressante dans cette optique : l'art. 20 al. 2 CO, qui renvoie à la **volonté hypothétique des parties**. En effet, cette norme légale s'applique en cas d'impossibilité initiale objective, alors que l'assimilation de ce cas d'inexécution à l'illicéité et à la contrariété aux mœurs repose sur une radicalisation, justement critiquée, de la maxime *impossibilium nulla obligatio*<sup>1740</sup> et que le législateur aurait pu en traiter aux art. 97 ss CO avec les autres hypothèses d'inexécution ; le fait que, *de lege lata*, l'art. 20 al. 2 CO appréhende un cas de contravention à une obligation suggère qu'on peut s'inspirer de cette disposition de manière générale s'agissant des effets de l'inexécution au sens large des obligations. Indirectement, cette idée est confirmée par la similarité des art. 20 al. 2 CO et 25 CVIM quant à leur contenu. D'ailleurs, la doctrine ne manque pas de recourir à la notion de volonté hypothétique des parties pour juger de la gravité d'une défaillance<sup>1741</sup>. Se référer alors explicitement à l'art. 20

<sup>1735</sup> En allemand, « Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrage ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann » ; en italien, « Se l'opera è così difettosa o difforme dal contratto, che riesca inservibile pel committente, o che non si possa equamente pretendere dal medesimo l'accettazione ».

<sup>1736</sup> En allemand, « die Umstände es [...] rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen » ; en italien, « risoluzione [...] giustificata dalle circostanze ».

<sup>1737</sup> Concernant l'art. 205 al. 2 CO, cf. l'ATF 124/1998 III 456, consid. 4 d aa, JdT 2000 I 172, 176 s.

<sup>1738</sup> Cf., par exemple, BaK-WIEGAND, N 4 ad art. 107 CO, et THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 177.

<sup>1739</sup> Cf. WEBER 2, N 270 ad art. 97 CO ; BaK-WIEGAND, N 4 ad art. 107 CO ; CR-THÉVENOZ, N 64 ad art. 97 CO, p. 570.

<sup>1740</sup> Sur l'assimilation malencontreuse de l'impossibilité initiale objective à l'illicéité et à la contrariété aux mœurs, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 101.

<sup>1741</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 45 ad art. 107 CO, et SCHENKER, N 772. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 67 ad art. 97 CO avec réf., sur l'assimilation d'une impossibilité partielle de la prestation due imputable au débiteur à une impossibilité totale ; CR-HOHL, N 8 ad introduction aux art. 68-83 CO avec réf., sur le rôle de la volonté hypothétique des parties dans l'application des art. 68 à 83 CO.

al. 2 CO par analogie permettrait de puiser dans la riche littérature qui traite de cette règle de droit.

1053. Si, en conformité avec ce qui précède, les conditions fondamentales du droit de se départir du contrat sont l'inexécution au sens large de l'obligation et sa gravité, et que l'art. 107 al. 1 CO s'intéresse au contrat parfaitement bilatéral (synallagmatique) parce que, dans ce cas de figure, le caractère grave de l'inexécution doit être admis de manière générale, alors il est équitable de considérer que le créancier peut résoudre le rapport d'obligations dès que les deux éléments mentionnés sont réunis, même s'il ne se prévaut **pas de l'inexécution au sens large d'une obligation en rapport d'échange**<sup>1742</sup>. Ce faisant on n'interprète pas le silence de la loi comme un silence qualifié, mais comme une lacune<sup>1743</sup>.

En pratique, MORIN notamment met en évidence les suivants cas de figure. En cas de mauvaise exécution d'une obligation principale, le créancier ne devrait pouvoir se départir du contrat que si la prestation defectueuse ne présente objectivement aucun intérêt pour lui (par exemple, parce que le défaut affectant l'objet livré est tel que celui-ci est inutilisable ou n'a aucune valeur économique); en cas de mauvaise exécution d'une obligation accessoire, que si le respect de cette obligation était nécessaire pour maintenir l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat en nature. De même, en cas d'impossibilité subséquente d'exécuter une obligation principale, le créancier devrait pouvoir résoudre immédiatement le contrat; en cas d'impossibilité subséquente partielle d'exécuter une obligation principale, uniquement si l'exécution complète de l'obligation violée était nécessaire pour atteindre le but visé par le contrat; en cas d'impossibilité dans l'exécution d'une obligation accessoire, que si le respect de cette obligation était nécessaire pour maintenir l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat en nature.<sup>1744</sup>

1054. Conformément à l'art. 109 al. 2 CO, le créancier ne peut obtenir la réparation du dommage correspondant à l'intérêt négatif au contrat que si l'inexécution au sens large résulte de circonstances imputables au débiteur<sup>1745</sup>.

## 1.4. Synthèse, comparaison et considérations finales

1055. Dans ce sous-chapitre, il s'agira d'abord de résumer le résultat de l'analyse (IV.1.4.1.), avant de comparer ce dernier avec l'unité des régimes qui

<sup>1742</sup> Dans le même sens BUCHER, p. 340; BaK-WIEGAND, N 4 ad art. 107 CO; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 189 s.; ainsi que WEBER 2, N 44 s. ad art. 107 CO; ENGEL, *Traité*, p. 682; TERCIER, *obligations*, N 1188; *contra* VON TUHR/ESCHER, § 67 n. 34, p. 89, § 68 n. 62, p. 102.

<sup>1743</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ, N 63 ad art. 97 CO; MORIN, *inexécution*, p. 377.

<sup>1744</sup> MORIN, *inexécution*, p. 379 avec réf.

<sup>1745</sup> BaK-WIEGAND, N 58 ad art. 97 CO. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 65 ad art. 97 CO.

règlementent la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une des obligations du débiteur dans les codifications supranationales récentes (IV.1.4.2.). Enfin, on fera quelques considérations sur l'intérêt essentiellement dans une perspective descriptive de toute distinction en fonction des causes de l'inexécution (IV.1.4.3.), sur l'opportunité de maintenir l'unité du système sanctionnant celle-ci (IV.1.4.4.), et sur le besoin de développer la réglementation en la matière dans la partie générale du Code des obligations (IV.1.4.5.).

### 1.4.1. Synthèse

1056. La comparaison qui précède (IV.1.3., N 991 ss) montre que la réglementation des art. 103 à 109 CO diffère de celle des art. 97 à 101 CO, principalement en raison du fait que le législateur fédéral n'a pas prévu (parmi les dispositions générales du Code des obligations) de droit pour le créancier de se départir du contrat lors d'une impossibilité subséquente ou d'une mauvaise exécution. Or, la doctrine majoritaire soutient de manière convaincante qu'en général le créancier qui n'a pas obtenu tout ce qui lui est dû doit pouvoir, à certaines conditions, résoudre le rapport d'obligations indépendamment de la cause de l'inexécution au sens large<sup>1746</sup>. De manière générale, il résulte de l'analyse entreprise qu'il est possible et qu'il se justifie de comprendre les art. 97 à 109 CO comme les **manifestations d'un régime plus général** que celui exprimé par le législateur **et fondamentalement unique**, visant tant le cas de la demeure du débiteur que celui de l'impossibilité subséquente ou de la mauvaise exécution. D'ailleurs, le Tribunal fédéral lui-même définit comme « souhaitable » l'harmonisation des conséquences juridiques de l'inexécution au sens large des obligations<sup>1747</sup>.

1057. Puisque toute obligation a pour finalité l'exécution<sup>1748</sup>, ce régime fondamentalement unique se base sur **une prééminence de l'exécution en nature par rapport aux autres moyens** qui s'offrent au créancier en cas d'inexécution au sens large (cf., par exemple, l'art. 107 al. 2 CO)<sup>1749</sup>. Ainsi, on présume que le créancier qui n'a pas obtenu ce qui lui est dû continue de demander l'exécution de l'obligation, à moins qu'il ne déclare renoncer à l'exécution *in natura* en respectant les conditions posées à l'exercice de ce droit formateur (en particulier, il doit, en principe, fixer au débiteur, ou lui faire fixer par l'autorité compétente,

---

<sup>1746</sup> Concernant le droit pour le créancier de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., p. 363 ss, N 1043 ss.

<sup>1747</sup> ATF 122/1996 III 53, consid. 4c, p. 57, JdT 1996 I 590, 594.

<sup>1748</sup> Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>1749</sup> A propos de la prééminence de l'exécution en nature, cf. le paragraphe IV.1.3.5.B., notamment N 1040.

un délai convenable pour s'exécuter<sup>1750</sup>)<sup>1751</sup>. Dogmatiquement, cette présomption vaut indépendamment de la cause de l'inexécution.

1058. De fait, elle tombe lorsqu'il n'est plus question pour le créancier d'obtenir la prestation due, comme en cas d'impossibilité subséquente et de mauvaise exécution. Autrement dit, ces deux cas de figure constituent, à certains égards, deux **situations exceptionnelles, en raison des circonstances factuelles qui les caractérisent**, dans lesquelles le régime juridique est simplifié par le fait même que le créancier ne peut plus prétendre à l'exécution de sa créance<sup>1752</sup>.

Puisque ces cas de figure s'apparentent, logiquement, à des situations exceptionnelles, le créancier qui veut s'en prévaloir doit apporter la preuve, en cas de différend, que les circonstances du cas d'espèce justifient le fait qu'il n'ait, par exemple, pas respecté les conditions auxquelles le législateur suisse a soumis, en principe, le droit de renoncer à l'exécution *in natura*<sup>1753</sup>. On comprend alors qu'en pratique le créancier qui n'a pas obtenu ce qui lui est dû préfère procéder conformément à l'art. 107 CO s'il n'est pas sûr, par exemple, que l'inexécution au sens large résulte d'une impossibilité subséquente<sup>1754</sup>.

1059. Sans égard à la cause de l'inexécution, **le débiteur répond du préjudice** résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation **selon des principes généraux**, qui gouvernent la responsabilité dite contractuelle<sup>1755</sup>. Ce constat n'est notamment pas remis en discussion par le fait que le montant de la réparation que le débiteur doit payer diffère selon que le créancier a déclaré renoncer à l'exécution en nature (art. 107 al. 2 deuxième hypothèse CO) ou qu'il continue à demander la prestation due (art. 107 al. 2 première hypothèse et 103 al. 1 CO). En effet, le sort de celle-ci conditionne, certes, la prétention en dommages-intérêts, mais en tant que circonstance de fait et comme tout autre

<sup>1750</sup> S'agissant de la fixation au débiteur d'un délai convenable pour s'exécuter, cf. le paragraphe IV.1.3.5.A., p. 358 ss, N 1030 ss.

<sup>1751</sup> Sur la présomption selon laquelle le créancier insatisfait continue de demander l'exécution de l'obligation, cf. le paragraphe IV.1.3.5.B., notamment N 1035.

<sup>1752</sup> A propos de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution en tant que situations exceptionnelles par rapport à la déclaration de renoncer à l'exécution *in natura*, cf. le paragraphe IV.1.3.5.B., notamment N 1042. Sur l'art. 119 CO en tant que disposition spéciale par rapport au droit du créancier de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., notamment N 1050.

<sup>1753</sup> Cf., par exemple, BUCHER, p. 340, et WEBER 2, N 4 *ad* art. 108 CO. Concernant la déclaration de renoncer à l'exécution *in natura*, cf. le paragraphe IV.1.3.5.B., p. 360, N 1035 ss.

<sup>1754</sup> Cf., par exemple, BaK-WIEGAND, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO, et GUHL/KOLLER, § 31 N 4.

<sup>1755</sup> S'agissant de la comparaison entre l'art. 103 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. les paragraphes IV.1.3.1 et IV.1.3.2., p. 347, N 992 ss. Concernant la comparaison entre l'art. 106 al. 1 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. le paragraphe IV.1.3.4.A., p. 356, N 1022 ss. Sur la comparaison entre la prétention en réparation du préjudice pour cause d'inexécution selon l'art. 107 al. 2 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., notamment N 1043. Pour ce qu'on entend par responsabilité dite contractuelle, cf. l'introduction, notamment n. 41.

élément factuel qui influence le droit du créancier : les règles de droit applicables sont, en revanche, constantes<sup>1756</sup>.

Dans le même sens, VON TUHR a mis en évidence que « l'inexécution de l'obligation consiste généralement dans le fait que le débiteur rend la prestation impossible ou encourt la demeure » et que « dans la doctrine des Pandectes, ces deux cas ont pris [...] une très grande importance ; aussi, les diverses législations (CO ancien art. 110 et 118, BGB [ancien] § 280 et 286, CO révisé art. 97 et 103) ne mentionnent expressément que ces cas de faute contractuelle et *passent sous silence le principe général* [nous soulignons] admis comme évident par le droit antérieur, à savoir que toute violation du contrat oblige son auteur à réparer le dommage causé »<sup>1757</sup>. Le législateur allemand a désormais explicité ce principe (cf. § 280 ss BGB)<sup>1758</sup>.

1060. **Les art. 104 et 105 CO prévoient la seule et véritable exception** de ce régime fondamentalement unique : le versement de l'intérêt moratoire lors de l'inexécution d'une dette d'argent<sup>1759</sup>. Dès lors, par rapport aux conséquences de l'inexécution au sens large des obligations, la distinction fondamentale (en tout cas pour ce qui concerne les effets prévus par les dispositions générales du Code des obligations) ne s'établit pas entre demeure du débiteur d'un côté, impossibilité subséquente et mauvaise exécution de l'autre, mais entre inexécution d'une dette d'argent ou d'une obligation d'une autre nature.

1061. Enfin, même du point de vue des **effets de l'inexécution au sens large sur le rapport d'obligations lui-même**, il se justifie d'admettre l'existence d'un régime fondamentalement unique<sup>1760</sup>.

1062. Ainsi, on a vu qu'en principe **le créancier insatisfait peut se départir du rapport d'obligations** indépendamment de la cause de l'inexécution au sens large par l'exercice d'un droit formateur et que les conditions dont dépend ce droit sont constantes<sup>1761</sup>. Après s'être prévalu de ce moyen, il peut « répéter ce qu'il a déjà payé » (art. 109 al. 1 CO) et est tenu de restituer ce qu'il a, le cas échéant, reçu en exécution du contrat<sup>1762</sup>. Il peut, en outre, demander la réparation « du dommage résultant de la caducité du contrat » (intérêt négatif au

---

<sup>1756</sup> Sur la constance de la notion de dommage et des principes juridiques sur son calcul, cf. le paragraphe IV.1.3.1., notamment N 993 ; ainsi que le paragraphe IV.1.3.4.A., notamment l'exemple, N 1024.

<sup>1757</sup> VON TUHR/DE TORRENTE/THILO, § 68 IV, p. 504 s. ; VON TUHR/ESCHER, § 68 IV, p. 106 s.

<sup>1758</sup> Cf. MORIN, *inexécution*, p. 356 s.

<sup>1759</sup> Concernant la comparaison entre les art. 104 et 105 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. le paragraphe IV.1.3.3., p. 354 ss, N 1014 ss.

<sup>1760</sup> BUCHER, p. 339.

<sup>1761</sup> Sur la constance des conditions dont dépend le droit pour le créancier de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., notamment N 1048.

<sup>1762</sup> Dans le même sens MORIN, *inexécution*, p. 380.

rapport d'obligations), à moins que le débiteur ne prouve que l'inexécution résulte de circonstances qui ne lui sont pas imputables (art. 109 al. 2 CO).<sup>1763</sup>

1063. Si le créancier n'exerce pas d'autre droit formateur après avoir déclaré renoncer à l'exécution en nature (ou alors que cette déclaration est superflue en raison des circonstances factuelles, comme en cas d'impossibilité subséquente ou de mauvaise exécution), on considère **qu'il choisit de maintenir le rapport d'obligations** (il peut, bien entendu, manifester sa volonté en ce sens). En principe, il reste alors tenu de sa ou ses propres obligations (théorie de l'échange), à moins qu'il n'y ait lieu d'appliquer l'art. 119 al. 2 CO (le cas échéant, par analogie<sup>1764</sup>)<sup>1765</sup>. Mais le créancier qui ne se départ pas du contrat peut également modifier celui-ci par l'exercice d'un autre droit formateur afin qu'il ne soit plus tenu d'exécuter sa propre prestation malgré la persistance du rapport d'obligations (théorie de la différence; *Differenztheorie*)<sup>1766</sup>; en effet, tout vendeur, par exemple, a un intérêt légitime à ce qu'il puisse revendre la chose due contractuellement à une tierce personne fût-ce à des conditions moins favorables, plutôt que de la tenir à la disposition d'un acheteur qui ne peut ou ne veut pas la payer<sup>1767</sup>. Le créancier retient alors sa prestation et en impute, le cas échéant, la valeur sur l'indemnité qu'il réclame du débiteur (intérêt positif au rapport d'obligations), de sorte qu'il ne touche que la différence entre l'indemnité réclamée et la valeur de sa propre prestation. Le législateur fédéral a, d'ailleurs, prévu expressément ce droit en matière de vente commerciale aux art. 191 al. 2 et 3 et 215 CO.

A propos de l'interprétation qu'il faut avoir de la déclaration d'option du créancier, le Tribunal fédéral affirme que « dans la mesure où il n'est pas établi que les parties l'ont conçue et comprise de manière concordante dans un sens ou dans l'autre, la déclaration d'option doit être interprétée selon le principe de la confiance; il s'agit donc de rechercher le sens que le débiteur devait ou pouvait lui donner de bonne foi au vu de l'ensemble des circonstances »<sup>1768</sup>. On notera également que la question est controversée de savoir si le créancier doit préciser s'il entend réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du rapport d'obligations en même temps qu'il déclare renoncer à l'exécution en nature<sup>1769</sup>.

<sup>1763</sup> Sur la situation du créancier qui choisit de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5., notamment N 1028; ainsi que le paragraphe IV.1.3.5.C., notamment N 1054.

<sup>1764</sup> Sur l'application par analogie de l'art. 119 al. 2 CO, cf. le paragraphe IV.1.4.4.A., notamment N 1073.

<sup>1765</sup> En particulier, BUCHER, p. 339.

<sup>1766</sup> CR-THÉVENOZ, N 62 *ad* art. 97 CO et N 32 *ss ad* art. 107 CO; WEBER 2, N 265 *ad* art. 97 CO et N 188 *ss ad* art. 107 CO; BUCHER, p. 339.

<sup>1767</sup> YUNG, *Note*, p. 324.

<sup>1768</sup> ATF 123/1997 III 16, consid. 4b, JdT 1999 I 99, 106 avec réf. Cf. également ENGEL, *Traité*, p. 732.

<sup>1769</sup> ATF 123/1997 III 16, consid. 4b, JdT 1999 I 99, 105 avec réf. Cf. également CR-THÉVENOZ, N 21 *ad* art. 107 CO.

1064. En définitive, il n'y a **pas de différences pratiques** selon que l'on applique la réglementation des art. 103 à 109 CO ou celle des art. 97 à 101 CO<sup>1770</sup>. On peut alors douter que le différend doctrinal concernant les règles applicables en cas d'inexécution suite à une « impossibilité subjective » (*subjektive Unmöglichkeit*) ait un réel enjeu pratique<sup>1771</sup>, à tout le moins tant que l'application de l'art. 97 al. 1 CO à l'incapacité subjective de fournir la prestation continue à être pratiquée restrictivement et que la perte *ipso facto* du droit à l'exécution *in natura* n'écarte pas la volonté légitime du créancier de ne pas renoncer à la prestation en nature<sup>1772</sup>.

1065. A la lumière de ce qui précède, on peut même dire que certains moyens qui s'offrent au créancier du fait de l'inexécution au sens large ne dépendent pas tellement de la cause de l'inexécution, mais plutôt **de l'intensité de celle-ci**<sup>1773</sup>. Par exemple, le droit du créancier de résoudre le rapport d'obligations n'existe que si l'inexécution au sens large doit être tenue pour grave<sup>1774</sup>.

#### 1.4.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes

1066. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (IV.1.4.1., N 1056 ss), en droit interne suisse, à l'exception des art. 104 et 105 CO, qui prévoient le versement de l'intérêt moratoire lors de l'inexécution d'une dette d'argent, le système qui sanctionne l'inexécution au sens large des obligations est fondamentalement unique, dans le sens notamment qu'il ne faut pas rechercher la cause de la défaillance (demeure du débiteur, impossibilité subséquente, mauvaise exécution) pour connaître les droits et obligations respectifs du débiteur et du créancier mais il suffit, en principe, de constater l'inexécution en elle-même. De même, on a vu que les art. 97 à 109 CO appréhendent, en principe, l'inexécution au sens large de toute obligation, indépendamment de la source de celle-ci, du type de prestation due et de la forme de l'inexécution ; peu importe également qu'il s'agisse d'une obligation expresse ou implicite, principale ou accessoire, de moyens ou de résultat<sup>1775</sup>. En particulier, le débiteur répond du préjudice résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation selon des principes généraux et constants, indépendamment de la cause de l'inexécution.

---

<sup>1770</sup> Cf., par exemple, BaK-WIEGAND, N 3 *ad* introduction aux art. 97-109 CO, et SCHWENZER, N 64.27.

<sup>1771</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 124 *ad* art. 97 CO, et BaK-WIEGAND, N 13 *ad* art. 97 CO.

<sup>1772</sup> Cf., critique, CR-THÉVENOZ, N 11 *ad* art. 97 CO *in fine*.

<sup>1773</sup> Dans le même sens SCHWENZER, N 60.04.

<sup>1774</sup> Sur la gravité de l'inexécution au sens large en tant que condition de la résolution du rapport d'obligations, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., notamment N 1051.

<sup>1775</sup> Sur les art. 97 à 109 CO en tant que normes de portée générale, cf. le paragraphe IV.1.2.1., notamment N 979.

tion<sup>1776</sup>. **Cette unité du régime garantit une certaine harmonie** du droit interne suisse avec la Convention, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens<sup>1777</sup>, qui se caractérisent par le fait que le régime qui régleme la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une des obligations du débiteur est unique : dans ces codifications supranationales également, un seul et même régime s'applique, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>1778</sup>.

Cependant, on rappellera que, dans les réglementations de la Convention, des Principes d'UNIDROIT et des Principes européens, il est indifférent de savoir si l'empêchement à une bonne exécution est initial ou subséquent<sup>1779</sup>, alors que, justement critiqué, le droit interne suisse distingue les cas d'impossibilité initiale objective des autres hypothèses d'inexécution au sens large (art. 20 al. 1 CO)<sup>1780</sup>.

1067. En outre, tant les systèmes aménagés par les codifications supranationales étudiées que celui codifié par le droit interne suisse pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations sont en très large partie **subsidiaries à ce que les parties ont convenu**<sup>1781</sup>.

1068. Prévu par l'art. 78 CVIM, l'art. 7.4.9 PU et l'art. 9:508 PE, les intérêts en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent relèvent d'un régime propre, autre que celui des dommages-intérêts, raison pour laquelle ils n'ont pas été approfondis lors de l'analyse des réglementations des textes supranationaux<sup>1782</sup>. Comme dans celles-ci, on retrouve en droit interne suisse également que le versement de l'intérêt moratoire lors de l'inexécution d'une dette d'argent en vertu des art. 104 et 105 CO est un moyen particulier par rapport

<sup>1776</sup> Sur la constance des principes régissant la prétention du créancier en réparation du préjudice selon le droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., notamment N 1059.

<sup>1777</sup> Dans le même sens PETITPIERRE, *inexécution*, p. 260 s.

<sup>1778</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239. Sur l'unité du régime de responsabilité en tant que caractéristique des réglementations des Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.2., notamment N 912.

<sup>1779</sup> Sur l'application des art. 74 à 77 CVIM quelque soit le moment auquel l'empêchement survient, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100. Concernant l'absence de pertinence du moment de la survenance de l'empêchement dans les réglementations des Principes, cf. le paragraphe III.1.1.2. C., p. 225, N 648 ss.

<sup>1780</sup> Sur l'assimilation malencontreuse de l'impossibilité initiale objective à l'illicéité et à la contrariété aux mœurs, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 101.

<sup>1781</sup> A propos du fait que les parties au contrat peuvent déroger au système de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 65. Sur le fait que les parties au contrat peuvent, en principe, déroger aux réglementations des Principes, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 629. Pour l'ample nature dispositive des art. 97 à 109 CO, cf. le paragraphe IV.1.2.1., notamment N 980.

<sup>1782</sup> A propos des intérêts en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent dans les codifications supranationales, cf. le paragraphe III.1.3.2.F., notamment N 755.



aux autres qui s'offrent au créancier insatisfait<sup>1783</sup>. Il en résulte que, dans tous ces ordres juridiques, la situation juridique n'est pas la même selon qu'il est question de **l'inexécution d'une dette d'argent ou d'une obligation d'une autre nature**.

1069. De même, dans tous ces ordres juridiques, certains **moyens dont dispose le créancier dépendent de l'intensité de l'inexécution** au sens large. En particulier, comme en droit interne suisse, il résulte des art. 49 al. 1 et 64 al. 1 CVIM, de l'art. 7.3.1 PU et de l'art. 9:301 PE que la gravité de l'inexécution influence le droit du créancier de résoudre le contrat<sup>1784</sup>.

### 1.4.3. Une distinction dans une perspective descriptive

1070. Dans ce contexte dans lequel le régime juridique qui sanctionne l'inexécution au sens large des obligations est fondamentalement unique<sup>1785</sup>, il apparaît que la distinction effectuée par le législateur suisse entre l'« inexécution » (A : art. 97 à 101 CO) et la « demeure du débiteur » (B : art. 102 à 109 CO), ou de manière générale toute autre casuistique des causes de la défaillance, est intéressante essentiellement dans une perspective descriptive<sup>1786</sup>. Si le législateur fédéral a choisi de concrétiser les principes généraux qui gouvernent la responsabilité dite contractuelle en fonction de la cause de l'inexécution, c'est **surtout à l'intention des justiciables**, pour que ces derniers puissent trouver, de manière simple et efficace, directement dans la loi les réponses à leurs questions selon qu'ils soient confrontés à un cas de demeure, d'impossibilité subséquente ou de mauvaise exécution. En effet, bien qu'il ne présuppose pas de différences matérielles<sup>1787</sup>, un système qui n'effectue pas cette distinction, tel que celui de la Convention, des Principes d'UNIDROIT ou des Principes européens, implique un degré d'abstraction plus important que celui du droit interne suisse, d'où l'emploi de concepts plutôt indéterminés et un certain manque d'intelligibilité immédiate<sup>1788</sup>.

---

<sup>1783</sup> Concernant la comparaison entre les art. 104 et 105 CO et les art. 97 à 101 CO, cf. le paragraphe IV.1.3.3., p. 354 ss, N 1014 ss.

<sup>1784</sup> Sur l'importance de l'intensité de l'inexécution par rapport aux moyens à la disposition du créancier selon le droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., notamment N 1065.

<sup>1785</sup> S'agissant d'une synthèse de l'unité du système sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., p. 369, N 1056 ss.

<sup>1786</sup> Dans le même sens PETITPIERRE, *inexécution*, p. 260.

<sup>1787</sup> Pour une comparaison avec les réglementations des codifications supranationales à propos de l'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.2., p. 374, N 1066 ss.

<sup>1788</sup> Concernant le manque d'intelligibilité immédiate de l'art. 79 CVIM, cf. le paragraphe I.2.1.4., p. 91, N 267 ss. S'agissant du manque d'intelligibilité immédiate des art. 7.1.7 PU et 8:108 PE, cf. le paragraphe III.2.2.2., p. 322, N 928 ss.

**Exemple :** Le législateur fédéral a traité de la responsabilité pour *casus mixtus* dans l'hypothèse où elle se pose le plus en pratique, soit lors d'une demeure du débiteur (art. 103 CO)<sup>1789</sup>.

On notera, néanmoins, que l'art. 102 CO répond à une véritable nécessité matérielle, dans la mesure où il fixe les conditions auxquelles le fait que le créancier ne reçoit pas la prestation due alors qu'il peut exiger celle-ci et que l'exécution est possible, constitue un cas d'inexécution au sens large<sup>1790</sup>.

#### 1.4.4. Une unité à préserver

1071. Dans ce paragraphe, il s'agira d'abord d'observer qu'on interprète, en général, les dispositions sur les effets de l'inexécution des obligations de façon à maintenir l'unité du système sanctionnant l'inexécution<sup>1791</sup> (A.) et ensuite de critiquer l'art. 42 AP, qui contrevient à cette règle générale (B.).

##### A. En général

1072. Malgré la concrétisation, fort utile dans l'optique du justiciable, des principes généraux qui gouvernent la responsabilité dite contractuelle en fonction de la cause de l'inexécution mise en évidence dans le paragraphe précédent (IV.1.4.3., N 1070), **le chercheur ne doit pas perdre de vue l'unité du système** sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations. Par exemple, on admet, nonobstant la formulation trompeuse de l'art. 98 al. 2 CO, que, même en cas de contravention à une obligation de ne pas faire, l'action en réparation du préjudice présuppose que l'inexécution soit imputable au débiteur (en raison d'une faute de ce dernier ou du fait d'un auxiliaire conformément à l'art. 101 al. 1 CO)<sup>1792</sup>. De même, le Tribunal fédéral donne une interprétation de l'art. 366 al. 2 CO tendant à l'unité du système légal. Il admet, en effet, que, lorsque les conditions d'application de cette disposition sont réalisées, le maître peut se prévaloir du droit d'option de l'art. 107 al. 2 CO (ce qui est prévu sans conteste à l'art. 366 al. 1 CO), parce qu'il « n'y a pas de raison de penser que le législateur fédéral ait voulu traiter le maître moins favorablement en cas de défaut [selon l'art. 366 al. 2 CO] qu'en cas de retard [selon l'art. 366 al. 1 CO] »<sup>1793</sup> ; la solution retenue « vise à traiter de la même manière deux situations compa-

<sup>1789</sup> Sur la portée générale du régime de la responsabilité pour *casus mixtus*, cf. le paragraphe IV.1.3.2.A., notamment N 1003.

<sup>1790</sup> Sur l'art. 102 CO, cf. le paragraphe IV.1.2.2., notamment N 985.

<sup>1791</sup> S'agissant d'une synthèse de l'unité du système sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., p. 369, N 1056 ss.

<sup>1792</sup> CR-THÉVENOZ, N 24 *ad* art. 98 CO ; BaK-WIEGAND, N 11 *ad* art. 98 CO ; BUCHER, p. 330 n. 10.

<sup>1793</sup> ATF 126/2000 III 230, consid. 7a bb, p. 234.

rables » et « est celle qui s'harmonise le mieux avec les règles générales sur la demeure et, singulièrement, avec l'art. 98 al. 1 CO »<sup>1794</sup>.

1073. Dans le même ordre d'idées, il faut notamment **admettre l'application de l'art. 119 al. 2 CO** en faveur du créancier qui a renoncé valablement à l'exécution en nature et réclame des dommages-intérêts pour cause d'inexécution mais découvre qu'il n'a pas droit à une indemnisation de la part du débiteur, alors qu'il reste, à première vue, tenu de fournir sa contre-prestation. En effet, dès que le créancier a renoncé valablement à l'exécution *in natura*, le débiteur est dans l'impossibilité (juridique) de fournir sa prestation. Dès lors, si aucun chef de responsabilité contractuelle ne lui est imputable, il est libéré de son obligation en vertu de l'art. 119 al. 1 CO. En outre, en l'absence de tout chef de responsabilité contractuelle à la charge du créancier<sup>1795</sup>, l'existence d'un rapport d'échange exige que l'extinction de la dette de l'un entraîne *ipso iure* la disparition de celle de l'autre en conformité avec l'art. 119 al. 2 CO, indépendamment de la cause de l'inexécution au sens large.<sup>1796</sup>

1074. Sous l'angle de l'unité du système légal, **cette solution est préférable à celle** qui consisterait à autoriser le créancier à exercer une nouvelle fois le droit d'option prévu à l'art. 107 al. 2 CO (*ius variandi*)<sup>1797</sup>. Cette deuxième construction doctrinale est, en effet, criticable car elle déroge au principe de l'irrévocabilité des droits formateurs, que le Tribunal fédéral a rappelé encore récemment à propos de la déclaration d'option de l'art. 107 al. 2 CO<sup>1798</sup>. Une telle dérogation aurait également des effets pratiques inadéquats, car, le créancier devant parfois attendre un jugement ayant acquis l'autorité de chose jugée pour savoir s'il a droit à des dommages-intérêts pour inexécution, il pourrait décider après avoir reçu un jugement qui lui est défavorable de résoudre le contrat, « ce qui modifierait l'état de fait, remettrait en cause la *res iudicata* et pourrait donner lieu à une nouvelle procédure »<sup>1799</sup>.

## B. Critique de l'art. 42 AP

1075. En suivant l'opinion prise il y a une quarantaine d'années par JÄGGI<sup>1800</sup>, les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du

---

<sup>1794</sup> ATF 126/2000 III 230, consid. 7a bb, p. 235.

<sup>1795</sup> A propos de la situation juridique en cas d'impossibilité subséquente imputable au créancier, cf. l'ATF 122/1995 III 66, consid. 3b, p. 70, JdT 1997 I 19, 22 avec réf.

<sup>1796</sup> BUCHER, p. 373 n. 172; PETITPIERRE, *partie générale*, p. 82; CR-THÉVENOZ, N 23 *ad* art. 107 CO.

<sup>1797</sup> De cet avis notamment GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2791 s. avec réf. Sur l'art. 107 CO, cf. le paragraphe IV.1.3.5., notamment N 1027.

<sup>1798</sup> Cf. l'ATF 123/1997 III 16, consid. 4b, JdT 1999 I 99, 105 s. avec réf.; ainsi que PETITPIERRE, *partie générale*, p. 82. Dans le même sens l'ATF 123/1997 III 124, consid. 3d, p. 129, JdT 1998 I 295, 300.

<sup>1799</sup> CR-THÉVENOZ, N 23 *ad* art. 107 CO.

<sup>1800</sup> Cf. JÄGGI, *vertraglichen Schadenersatzforderung*, p. 181 ss.

droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont proposé d'appliquer, en principe, les art. 41 ss CO aussi aux préjudices causés en violation d'une obligation au sens technique<sup>1801</sup> (art. 42 première phrase AP). L'art. 42 deuxième phrase AP pose, néanmoins, une double réserve, dont le premier volet concerne les art. 97 à 109 CO. En clair, les auteurs de l'Avant-projet ont suggéré de restreindre le champ d'application de ces dispositions aux deux hypothèses suivantes: d'une part, les cas d'impossibilité subséquente, totale ou partielle (une modification de l'art. 97 al. 1 CO a été prévue à cette fin<sup>1802</sup>); d'autre part, les cas de demeure du débiteur. En revanche, dans leurs intentions, les cas de violation positive du contrat<sup>1803</sup> sont, en règle générale, **absorbés par les règles régissant la responsabilité délictuelle** et il n'est alors plus question de responsabilité pour l'inexécution d'une obligation, ni par conséquent de concours d'actions<sup>1804</sup>.

1076. Il en résulte qu'« au nom de l'unification du système qui régit la réparation des dommages »<sup>1805</sup> on veut **renoncer à l'unité du régime juridique** qui sanctionne les cas dans lesquels la finalité de l'obligation n'est pas atteinte<sup>1806</sup> et qui garantit une protection constante du créancier lorsque ce dernier n'a pas obtenu ce qui lui était dû en vertu du rapport d'obligation.

1077. La modification proposée par les auteurs de l'Avant-projet est **critiquable** à plusieurs égards.

1078. Premièrement, dans une approche de droit comparé, une telle modification **éloignerait le droit suisse de la tendance qui prédomine actuellement** lors des codifications supranationales<sup>1807</sup> (cf. également § 280 ss BGB; art. 6:74 ss du Code civil néerlandais; art. 1590 ss du Code civil du Québec), alors que l'avenir est à l'harmonisation, ne serait-ce qu'en raison de la « globalisation »<sup>1808</sup>.

1079. Deuxièmement, du point de vue théorique, l'analyse a montré qu'il existe une unité du système sanctionnant l'inexécution au sens large des obli-

<sup>1801</sup> Pour une définition de l'« obligation », cf. l'Introduction, notamment n. 2.

<sup>1802</sup> Cf. WIDMER/WESSNER, p. 67.

<sup>1803</sup> Sur la notion de « violation positive du contrat », cf. le paragraphe IV.1.1.2., notamment N 975.

<sup>1804</sup> En particulier, WIDMER/WESSNER, p. 65 s.

<sup>1805</sup> WIDMER/WESSNER, p. 68.

<sup>1806</sup> Sur l'exécution en tant que finalité de l'obligation, cf. l'Introduction, notamment N 1.

<sup>1807</sup> Cf. VON BAR/DROBNIG, N 281 s., p. 190. Dans le même sens WEBER 2, N 63 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO; CHAPPUIS, *in* CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 362 avec réf.; nuancé WERRO, *in* CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 367 s. Pour une comparaison avec les réglementations des codifications supranationales à propos de l'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.2., p. 374, N 1066 ss.

<sup>1808</sup> TERCIER, *fondements*, 220 s. Dans le même sens KAUFMANN-KOHLER, *contrat*, p. 372; THÉVENOZ, *Fragments*, p. 381.

gations. L'unification de la responsabilité civile se ferait **au prix d'une distinction sans justification du point de vue contractuel** entre les diverses formes d'inexécution au sens large des obligations<sup>1809</sup>. Il ne se justifie, par exemple, pas de traiter différemment le médecin qui a promis des soins suivant que son infirmière oublie de faire la piqûre ou qu'elle se trompe de fiole<sup>1810</sup>. D'ailleurs, jurisprudence et doctrine majoritaire tendent à s'affranchir de la typologie légale des contraventions au contrat pour en harmoniser le régime juridique<sup>1811</sup>.

1080. C'est l'**existence même d'un rapport d'obligation préalable qui justifie** les particularités de la réglementation en matière de responsabilité dite contractuelle, ainsi que l'unité de ce régime<sup>1812</sup>. En d'autres termes, la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation a un fondement qui lui est propre et qui la distingue de la responsabilité pour acte illicite<sup>1813</sup>; elle n'est pas une forme spéciale de responsabilité délictuelle et l'on va trop loin lorsqu'on affirme que toute inexécution au sens large d'une obligation est également illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO<sup>1814</sup>. Ainsi, PETITPIERRE propose, de manière convaincante, « de renoncer désormais à trouver un fondement dogmatique ou technique commun aux différentes formes de la responsabilité [...] prises par la réglementation »<sup>1815</sup>.

1081. Troisièmement, sous l'angle de l'opportunité, pourquoi le créancier qui n'a pas obtenu ce qui lui était dû et qui, de ce fait, pourrait se prévaloir de la contravention à une obligation, devrait-il être privé *ex lege* de cette possibilité parce qu'en même temps il a subi un acte illicite? Pourquoi le citoyen qui a été lésé par un acte illicite (c'est-à-dire par la violation d'un devoir général, d'un devoir qui s'impose à chacun par la loi<sup>1816</sup>), ne pourrait-il pas invoquer le fait qu'à son égard l'acte illicite représente également l'inexécution d'une obligation? **Le concours d'actions**, selon lequel la victime d'un dommage dispose du choix entre la prétention résultant de l'inexécution d'une obligation et celle

---

<sup>1809</sup> CHAPPUIS, in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 359 s. Sur les éléments communs aux différentes hypothèses d'inexécution, cf. le paragraphe IV.1.1.2., notamment N 974 ss.

<sup>1810</sup> PETITPIERRE, *fondements*, p. 283; CR-THÉVENOZ, N 18 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; MORIN, *inexécution*, p. 371; WEBER 2, N 65 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO.

<sup>1811</sup> Cf. CR-THÉVENOZ, N 17 *ad* introduction aux art. 97-109 CO; ainsi que le paragraphe IV.1.4.4.A., p. 377, N 1072 ss, et le paragraphe IV.1.2.1, notamment N 983.

<sup>1812</sup> Cf. CUENDET, N 388; THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 176 n. 12. S'agissant des raisons du système légal qui règle les effets des obligations, cf. le paragraphe II.1.4.3., p. 134, N 396 ss.

<sup>1813</sup> Sur les fondements différents de la responsabilité pour inexécution et de la responsabilité délictuelle, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 403.

<sup>1814</sup> A propos du fait que la responsabilité pour inexécution n'est pas une forme spéciale de responsabilité délictuelle, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 406.

<sup>1815</sup> PETITPIERRE, *fondements*, p. 276.

<sup>1816</sup> THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 176 n. 12.

fondée sur l'acte illicite pour autant que les conditions de l'une et de l'autre soient réalisées, **garantit** que le créancier ne soit pas privé de ses droits en tant que créancier parce qu'il est en même temps habitant de la Cité, et vice versa<sup>1817</sup>. La protection légale est alors optimale, raison pour laquelle il mérite d'être maintenu<sup>1818</sup>.

1082. En particulier, comme le dit LAITHIER, « **aucune raison d'ordre logique ou autre n'oblige** [...] à modérer le régime de la réparation en droit des contrats sur celui, prétendument de « référence », de la responsabilité délictuelle »<sup>1819</sup>. Autrement dit, « quand il arrive qu'un même comportement viole à la fois une obligation et un devoir général, il n'y a pas de raison convaincante d'exclure par principe le concours des deux prétentions et, le cas échéant, de « décontractualiser » ou de « délictualiser » une prétention dont l'objet résulterait déjà des seules règles de la responsabilité aquilienne. »<sup>1820</sup>.

1083. Quatrièmement, dans une optique pratique, « la volonté manifestée dans l'avant-projet de mettre de l'ordre [...] semble finalement de nature à faire naître plus de problèmes qu'elle n'en pourrait résoudre » en raison des distinctions qu'on y a introduit<sup>1821</sup>. En effet, il est parfois **difficile de distinguer un cas d'inexécution au sens large d'un autre** en fonction du type de contravention<sup>1822</sup>. Ainsi, il faut éviter de devoir décider si le gardien qui ne s'est pas réveillé à l'heure et n'a pu remarquer en temps utile le début d'un incendie était en demeure d'exécuter sa ronde ou s'il a manqué à son obligation de vigilance (violation positive du contrat)<sup>1823</sup>.

1084. En outre, CHAPPUIS met notamment en évidence que la **notion elle-même de violation positive du contrat** retenue par les auteurs de l'Avant-projet est **controversée et difficile à manier**, à tel point que la définition qui apparaîtrait à la lecture de l'art. 42 AP ne correspond pas à celle sur laquelle se fonde le Rapport explicatif<sup>1824</sup>.

<sup>1817</sup> Cf., en particulier, le fameux arrêt Ulrich c. J. Grunder's Erben (ATF 64/1938 II 254, JdT 1939 I 42).

<sup>1818</sup> Dans le même sens DESCHENAUX/TERCIER, § 33 N 15 ; CHAPPUIS, in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 365 s. ; CR-THÉVENOZ, N 17 s. *ad* introduction aux art. 97-109 CO.

<sup>1819</sup> LAITHIER, N 105.

<sup>1820</sup> PETITPIERRE, *fondements*, p. 283, ainsi que p. 284.

<sup>1821</sup> PETITPIERRE, *fondements*, p. 284. Cf. également WEBER 2, N 65 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO ; SCHWENZER, N 60.03 avec réf.

<sup>1822</sup> CR-THÉVENOZ, N 17 *ad* introduction aux art. 97-109 CO.

<sup>1823</sup> CR-THÉVENOZ, N 18 *ad* introduction aux art. 97-109 CO.

<sup>1824</sup> CHAPPUIS, in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 357 ; WERRO, in CHAPPUIS/WERRO, *responsabilité civile*, p. 367. A propos de l'ambiguïté et de l'inutilité de la notion de « violation positive du contrat » en droit suisse, cf. le paragraphe IV.1.1.2., notamment N 975.

1085. Cinquièmement, du point de vue de la protection du justiciable, il est légitime de craindre que **la situation juridique de la personne lésée ne soit péjorée** par la modification proposée<sup>1825</sup>. Les auteurs de l'Avant-projet eux-mêmes n'ont pas nié ce risque, il l'ont relativisé ; ils ont notamment soutenu que les différences entre le régime de la responsabilité délictuelle et celui de la responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation s'amenuiseraient de manière considérable avec la révision<sup>1826</sup>. Néanmoins, l'uniformisation ne serait pas complète et les particularités de la réglementation en matière de responsabilité dite contractuelle (par exemple, la présomption de l'imputabilité de l'inexécution<sup>1827</sup>, la responsabilité pour le fait d'un auxiliaire comme s'il s'agissait du fait du débiteur<sup>1828</sup>, la longue prescription) garderaient leur importance.

1086. En particulier, **l'art. 101 al. 1 CO est, de lege lata, plus favorable au lésé que l'art. 55 al. 1 CO**, surtout en raison du fait que, n'impliquant pas de rapport de subordination entre le débiteur et le tiers<sup>1829</sup>, le cercle des auxiliaires au sens de la première disposition est plus étendu que celui des préposés au sens de la deuxième<sup>1830</sup>. L'Avant-projet, notamment ses art. 49 et 49a AP, ne semble pas modifier les différences entre les deux régimes de responsabilité sur ce point. Ainsi, les auteurs de l'Avant-projet ont expressément affirmé que la responsabilité prévue à l'art. 49 AP « reprend, dans le principe, la règle énoncée aujourd'hui à l'art. 55 al. 1 CO »<sup>1831</sup> et présuppose « qu'il existe entre la personne recherchée et l'auxiliaire un rapport de subordination »<sup>1832</sup>. S'agissant de la responsabilité « du fait de l'organisation dans les entreprises »<sup>1833</sup> prévue à l'art. 49a AP, le sujet de la responsabilité serait toujours une personne exploitant une entreprise et la notion même d'entreprise « suppose une structure, dans laquelle s'insère, ne serait-ce qu'occasionnellement, le rapport caractéristique de subordination qui lie le sujet de la responsabilité et l'auxiliaire »<sup>1834</sup> ;

---

<sup>1825</sup> Dans le même sens WEBER 2, N 66 *ad* notes liminaires aux art. 97-109 CO. Cf. également PETITPIERRE, *fondements*, p. 283.

<sup>1826</sup> WIDMER/WESSNER, p. 68 s.

<sup>1827</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO dérogeant au partage du fardeau de la preuve prévu à l'art. 8 CC, cf. le paragraphe II.1.1.1.B., notamment N 311.

<sup>1828</sup> Concernant la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

<sup>1829</sup> Sur le fait que l'art. 101 al. 1 CO n'implique pas de rapport de subordination entre le débiteur et l'auxiliaire, cf l'introduction du chapitre II.1., notamment N 296.

<sup>1830</sup> CR-THÉVENOZ, N 6 *ad* art. 101 CO avec réf.

<sup>1831</sup> WIDMER/WESSNER, p. 128.

<sup>1832</sup> WIDMER/WESSNER, *ibidem*.

<sup>1833</sup> WIDMER/WESSNER, p. 130.

<sup>1834</sup> WIDMER/WESSNER, *ibidem*.

on peut, dès lors, s'attendre à ce que cette disposition également exigerait l'existence d'un tel rapport de subordination.<sup>1835</sup>

1087. En définitive, **si la modification a été proposée pour éviter** qu'on étende dans une mesure excessive la notion d'obligation contractuelle<sup>1836</sup>, alors la solution est démesurée par rapport au problème. Il suffit d'exiger, tant de la part des magistrats que de la part des chercheurs, une certaine rigueur avant d'admettre l'existence d'une obligation au sens technique, sans pour autant renoncer au système actuel et à ses qualités.

#### 1.4.5. Un système à développer

1088. Outre l'unité du système sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations<sup>1837</sup>, l'analyse a laissé transparaître une autre caractéristique des dispositions générales du Code des obligations en la matière : **la réglementation est peu développée**. Le créancier peut-il, par exemple, exiger une nouvelle exécution du fait de l'accomplissement défectueux de la prestation due, une intervention réparatrice ou la réduction du prix qu'il doit ? Ou quels sont ses droits si, avant l'échéance, il apparaît d'ores et déjà, qu'il y aura inexécution de la part du débiteur ? Si elles trouvent souvent une réponse dans la partie spéciale du Code des obligations, ces questions ne connaissent pas de réglementation générale<sup>1838</sup>.

1089. De même, parmi les dispositions générales du Code des obligations, la loi ne prend pas en compte les **spécificités de l'exécution dans le cadre d'un rapport d'obligations de durée** (à exécution successive ou à exécution continue), de sorte qu'elle ne prévoit pas de règles particulières s'agissant des effets de l'inexécution au sens large sur ce type de rapports d'obligations<sup>1839</sup>. Ainsi, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, admet de manière convaincante que dans un rapport d'obligations de durée, comme c'est le cas par exemple du contrat de bail, le droit de résoudre (art. 107 al. 2 *in fine* CO) est remplacé par le droit de résilier<sup>1840</sup>. Le juge et le justiciable sont alors confrontés à un problème nouveau : celui du délai de résiliation à observer : combien de temps après la déclaration manifestant la volonté de résilier le contrat, celui-ci prend-il fin ?

<sup>1835</sup> Pour une analyse de l'art. 49a AP, cf., à paraître, Gordon AESCHIMANN, *La responsabilité du fait de l'organisation : droit et société*, Thèse de l'Université de Genève, 2007.

<sup>1836</sup> Cf. WIDMER/WESSNER, p. 65.

<sup>1837</sup> S'agissant d'une synthèse de l'unité du système sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., p. 369, N 1056 ss.

<sup>1838</sup> Cf., par exemple, CR-THÉVENOZ, N 4 *ad* introduction aux art. 97-109 CO, et GUGGENHEIM, *effets*, p. 103.

<sup>1839</sup> THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 177. Cf. également CHAPPUIS, *harmonisation*, p. 184 s. et 202 s.

<sup>1840</sup> ATF 123/1997 III 124, consid. 3b, p. 127, JdT 1998 I 295, 298 avec réf.; ainsi que THÉVENOZ, *contrat inexécuté*, p. 193 s.



Pour d'évidentes raisons, cette question n'a pas été abordée aux art. 97 à 109 CO, car elle ne se pose pas en cas de résolution, hypothèse qui est seule appréhendée par l'art. 107 al. 2 *in fine* CO; ce qui oblige à raisonner par analogie avec les dispositions de la partie spéciale traitant de situations comparables au cas d'espèce<sup>1841</sup>.

1090. Etant donné notamment l'importance quantitative et qualitative des nouvelles espèces de contrats (innommés ou mixtes), auxquels les normes de la partie spéciale ne sont pas directement applicables, le législateur fédéral devrait peut-être codifier une réponse aux questions évoquées, et à d'autres similaires. Autrement dit, tout en préservant l'unité du système légal<sup>1842</sup>, il pourrait **développer les dispositions générales du Code des obligations en la matière**<sup>1843</sup>.

## 2. La construction législative par laquelle le débiteur répond pour des auxiliaires

1091. Lorsqu'une personne subit un préjudice (dommage ou tort moral), la question se pose de savoir si elle doit le supporter définitivement ou si elle peut le répercuter sur quelqu'un d'autre, en réclamant de ce dernier une indemnisation. Le droit de la responsabilité est la partie du droit privé qui répond à cette interrogation<sup>1844</sup> et qui contraint parfois celui qui a contribué à la survenance d'un préjudice à le réparer<sup>1845</sup>. On peut le définir comme l'ensemble des règles de droit qui traitent du dédommagement, indépendamment du fait qu'elles portent sur les conditions (par exemple, l'art. 41 al. 1 CO) ou les modalités de celui-ci (par exemple, l'art. 42 al. 1 CO)<sup>1846</sup>. On vise par l'expression « **norme de responsabilité au sens large** » chacune de ces règles, c'est-à-dire toute norme qui concerne la réparation d'un préjudice (dommage ou tort moral), sans égard au fait qu'elle règle les conditions ou les modalités de l'indemnisation. L'art. 101 al. 1 CO est, bien entendu, l'une de ces normes.

1092. Pour que celui qui subit un préjudice puisse prétendre à une indemnisation de la part d'une autre personne, il faut qu'il ait un droit de créance en ce sens, ce qui implique l'existence d'un rapport d'obligation (ou obligation) entre

---

<sup>1841</sup> ATF 123/1997 III 124, consid. 3b, p. 128, JdT 1998 I 295, 299 (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a pu laisser la question ouverte).

<sup>1842</sup> Concernant l'opportunité de maintenir l'unité du système sanctionnant l'inexécution, cf. le paragraphe IV.1.4.4., p. 377, N 1071 ss.

<sup>1843</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *harmonisation*, p. 186 s.

<sup>1844</sup> OFTINGER/STARK, I, § 1 N 10.

<sup>1845</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 1 N 1; WERRO, N 1.

<sup>1846</sup> Dans le même sens TERCIER, *considérations*, p. 1; REV, N 2.

les deux<sup>1847</sup>. Or, parmi les règles de droit qui traitent de la réparation du préjudice, il y en a certaines qui, lorsque leurs conditions sont réalisées, fondent l'obligation de réparer le préjudice d'autrui, soit la responsabilité<sup>1848</sup>. Ces dispositions énoncent le plus souvent qu'une personne (le responsable) « est tenue de réparer », « répond » ou « est responsable » du dommage du lésé<sup>1849</sup>. On peut les appeler **normes de responsabilité au sens strict**, pour les distinguer des normes de responsabilité au sens large.

1093. De manière similaire, KOLLER sépare les « **haftungsbegründende Bestimmungen** » des « **Haftungsbestimmungen** »<sup>1850</sup>. Parfois, on parle à propos des normes de responsabilité au sens strict de « **materielle Haftungsnormen** »<sup>1851</sup>. Mais souvent on emploie, tout simplement, les termes de « **Haftungsbestimmung** » ou de « **Haftungsnorm** »<sup>1852</sup>, en négligeant la distinction entre normes de responsabilité au sens large et au sens strict.

1094. **Dans ce chapitre**, on établira notamment si l'art. 101 al. 1 CO, outre une norme de responsabilité au sens large, est également une norme de responsabilité au sens strict (IV.2.2.). Au préalable, il s'agira de déterminer par quelles constructions législatives on peut rendre un débiteur responsable du préjudice que subit le créancier du fait du tiers dont celui-là se sert pour exécuter son obligation (IV.2.1.). Enfin, une synthèse, une comparaison et des considérations finales suivront l'analyse (IV.2.3.).

## 2.1. Les diverses constructions législatives possibles pour qu'un débiteur réponde pour des tiers

1095. **Deux constructions législatives s'offrent au législateur** pour rendre un débiteur responsable du préjudice que subit le créancier du fait du tiers dont celui-là se sert pour exécuter son obligation<sup>1853</sup>. La première consiste dans l'élaboration, et l'application subséquente, d'une norme de responsabilité (au sens strict) *ad hoc* (IV.2.1.1.); la deuxième dans l'application d'une norme de responsabilité (au sens strict) qui *a priori* ne s'appliquait pas et qui a été rendue

---

<sup>1847</sup> Pour une définition de l'« obligation », cf. l'Introduction, notamment n. 2. Pour une définition du « droit de créance », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

<sup>1848</sup> REY, N 28 ; DESCHENAUX/TERCIER, § 2 N 22. Pour ce qu'on entend par « responsabilité », cf. l'Introduction, notamment n. 14.

<sup>1849</sup> A propos des expressions usuelles pour exprimer la conséquence juridique d'une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1102.

<sup>1850</sup> KOLLER, N 35 s.

<sup>1851</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3070.

<sup>1852</sup> Cf. REY, N 12.

<sup>1853</sup> Dans le même sens, vraisemblablement, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3070 s. ; CHAUDET, *responsabilité délictuelle*, p. 13.

pertinente par le biais d'une autre règle de droit adoptée par le législateur, c'est-à-dire au moyen d'une norme d'imputation (IV.2.1.2.).

### 2.1.1. Par une norme spéciale de responsabilité

1096. Comme on l'a vu dans l'introduction de ce chapitre, une norme de responsabilité au sens strict est une règle de droit qui, lorsque ses conditions sont réalisées, fonde l'obligation de réparer le préjudice d'autrui<sup>1854</sup>. On déduit de cette définition que la caractéristique essentielle de toute norme de responsabilité au sens strict consiste dans le fait de **fonder l'obligation pour une personne d'en indemniser une autre**.

1097. **Cela correspond au rôle qu'ont ces normes dans notre ordre juridique**. En effet, on peut répercuter un préjudice sur quelqu'un d'autre uniquement s'il existe un fondement reconnu par le droit positif (*casum sentit dominus, casus a nullo praestatur*). Autrement dit, une créance en réparation du préjudice présuppose, comme tout autre droit de créance<sup>1855</sup>, un fondement juridique<sup>1856</sup>. La fonction des normes de responsabilité au sens strict est justement celle de fonder une telle créance dans les hypothèses où l'ordre juridique veut qu'il y ait indemnisation.

#### A. *L'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict*

1098. Puisque la caractéristique essentielle de toute norme de responsabilité au sens strict réside dans le fait de fonder l'obligation pour une personne d'en indemniser une autre<sup>1857</sup>, soit dans l'effet qu'elle produit, pour savoir si une règle de droit est une norme de responsabilité au sens strict, **il faut analyser sa conséquence juridique**. Si elle prévoit l'obligation pour une personne (le responsable) de réparer le préjudice d'autrui, alors elle en est une.

1099. En revanche, l'état de fait de la règle de droit est sans importance dans cette optique. Certes, il faut qu'il soit réalisé pour qu'une obligation de réparer le préjudice naisse<sup>1858</sup>. Mais ce n'est pas sur sa base qu'on peut savoir si une règle de droit est une norme de responsabilité au sens strict. En d'autres termes, **l'état de fait de la règle de droit analysée n'est pas déterminant** pour établir s'il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict.

---

<sup>1854</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1855</sup> Pour une définition du « droit de créance », cf. l'Introduction, notamment n. 5.

<sup>1856</sup> Cf., par exemple, REY, N 28, et OFTINGER, p. 33.

<sup>1857</sup> Sur la caractéristique essentielle de toute norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1., notamment N 1096.

<sup>1858</sup> Cf. REY, N 28.

1100. D'ailleurs, alors que la conséquence juridique de toute norme de responsabilité au sens strict consiste en une créance en réparation du préjudice contre le responsable (ou responsabilité<sup>1859</sup>), les conditions qui doivent être remplies pour que ce droit de créance existe **peuvent différer largement d'une norme à une autre**<sup>1860</sup>.

**Exemple :** Les art. 41 al. 1, 56 al. 1, 58 al. 1, 97 al. 1 CO, 58 al. 1 LCR ou 1 al. 1 LRFP fondent tous une responsabilité, mais leurs états de fait sont très différents.

1101. **En résumé**, toute règle de droit est une norme de responsabilité au sens strict si elle a pour conséquence juridique le fait de fonder une obligation de réparer le préjudice d'autrui, indépendamment de son état de fait.

1102. Le législateur fédéral prévoit **une telle conséquence juridique par différentes formulations**. Par exemple, il a fait usage de l'expression « est tenu de réparer le dommage » à l'art. 97 al. 1 CO, ainsi qu'à l'art. 41 al. 1 CO, alors qu'il a employé la locution « répond du dommage » à l'art. 58 al. 1 CO (aux trois endroits, dans les versions en allemand et en italien, il a utilisé des formules similaires)<sup>1861</sup>. Il s'est servi de cette même expression « répond du dommage » à l'art. 1 al. 1 LRFP, alors qu'une autre formule figure aux art. 56 al. 1 CO et 58 al. 1 LCR : « est responsable », respectivement « est civilement responsable » (à nouveau, dans les versions en allemand et en italien, le législateur a fait usage d'expressions semblables aux trois endroits)<sup>1862</sup>.

1103. Le fait que les correspondances dans les trois langues ne sont pas parfaites et que, par exemple, on a utilisé en allemand, ou en italien, une locution similaire pour énoncer la conséquence juridique de deux dispositions, alors qu'en français on a employé, pour ces mêmes règles de droit, deux expressions différentes, montre que **toutes ces formules sont équivalentes**. L'idée est toujours celle de la réparation d'un préjudice, qu'on l'ait exprimée par « être tenu de réparer le dommage », « répondre du dommage » ou par des locutions plus ambiguës telles qu'« être (civilement) responsable », qui ne se réfèrent pas explicitement à un dédommagement.

<sup>1859</sup> Pour ce qu'on entend par « responsabilité », cf. l'Introduction, notamment n. 14.

<sup>1860</sup> Cf. REY, N 30 ss.

<sup>1861</sup> En allemand, « zum Ersatz verpflichtet » (art. 97 al. 1 CO), « hat [...] Ersatz zu leisten » (art. 41 al. 1 CO) et « hat den Schaden zu ersetzen » (art. 58 al. 1 CO) ; en italien, « è tenuto a riparare il danno » (art. 41 al. 1 CO), « è tenuto al risarcimento del danno » (art. 97 al. 1 CO) et « è tenuto a risarcire i danni » (art. 58 al. 1 CO).

<sup>1862</sup> En allemand, « haftet für den Schaden » (art. 1 al. 1 LRFP), « Für den [...] Schaden haftet » (art. 56 al. 1 CO) et « haftet [...] für den Schaden » (art. 58 al. 1 LCR) ; en italien, « è responsabile del danno » (art. 1 al. 1 LRFP et art. 56 al. 1 CO) et « è civilmente responsabile dei danni » (art. 58 al. 1 LCR).

B. *L'application dans la situation analysée*

1104. Il ressort du paragraphe précédent (IV.2.1.1.A., N 1098 ss) qu'une règle de droit peut être une norme de responsabilité au sens strict indépendamment de son état de fait. On en déduit notamment que toute situation peut faire l'objet d'une telle norme. Rien n'empêche donc le législateur fédéral de prévoir une norme de responsabilité au sens strict en vertu de laquelle un débiteur doit, certaines conditions étant remplies, réparer le préjudice subi par son créancier du fait du tiers auquel il a fait appel pour exécuter son obligation. On fonderait, ainsi, la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires **par une norme de responsabilité (au sens strict) ad hoc**.

**Exemple:** L'art. 754 al. 2 CO est une telle norme. En effet, cette disposition fonde, à certaines conditions, la responsabilité des membres du conseil d'administration et des autres personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation d'une société anonyme<sup>1863</sup>. Etant donné que la conséquence juridique de cette règle de droit est l'obligation pour une personne de réparer le dommage d'autrui, il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict, ce qu'indique également l'emploi de l'expression « répond du dommage »<sup>1864</sup> pour énoncer l'effet juridique, termes qui sont typiques de ce genre de norme<sup>1865</sup>. Plus précisément, l'art. 754 al. 2 CO fait naître, lorsqu'il opère, une responsabilité pour le dommage causé par la personne à laquelle le ou les responsables ont délégué l'exécution de leurs devoirs<sup>1866</sup>. Le délégué peut être un autre organe de la société ou un tiers<sup>1867</sup>. En outre, vu les rapports en présence entre possibles demandeurs et éventuels défendeurs, les devoirs dont l'exécution est déléguée sont des véritables obligations<sup>1868</sup>. Il en résulte que, en adoptant cette disposition, le législateur suisse a prévu la responsabilité d'un débiteur notamment pour le fait des tierces personnes dont ce dernier se sert pour exécuter ses obligations par une norme de responsabilité au sens strict *ad hoc*<sup>1869</sup>.

---

<sup>1863</sup> Cf. l'art. 754 al. 1 *in initio* CO ; ainsi que TRIGO TRINDADE, p. 206.

<sup>1864</sup> En allemand, « haftet für den [...] Schaden » ; en italien, « è responsabile del danno ».

<sup>1865</sup> A propos des formulations usuelles pour exprimer la conséquence juridique d'une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1102.

<sup>1866</sup> Cf. l'art. 754 al. 1 *in fine* CO ; ainsi que, par exemple, BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 36 *ad* art. 754 CO, et CORBOZ, N 29 *ad* art. 754 CO.

<sup>1867</sup> Cf., par exemple, CORBOZ, N 34 *ad* art. 754 CO, et BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 41 *ad* art. 754 CO.

<sup>1868</sup> Cf., par exemple, RUEDIN, N 1850, et FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 36.

<sup>1869</sup> Dans le même sens TERCIER, *nouveau régime*, p. 464 ; ainsi que FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 38.

### 2.1.2. Par le biais d'une norme d'imputation

1105. En droit de la responsabilité<sup>1870</sup>, on entend par imputation l'« attribution à un sujet de droit d'une infraction, d'une faute ou de tout fait générateur d'un dommage, dont il est alors réputé être l'auteur, de telle manière qu'il puisse être condamné soit à une peine, soit à la réparation du dommage. »<sup>1871</sup> En suivant cette définition, **on peut définir comme norme d'imputation notamment** la règle de droit qui, lorsqu'elle opère, attribue à un sujet de droit l'acte préjudiciable accompli par un autre sujet de droit, de sorte que, d'un point de vue juridique, le premier est l'auteur du fait du deuxième ou traité comme tel.

1106. En allemand, on parle de « **Zurechnungsnorm** »<sup>1872</sup> ou de « **Zuweisungsnorm** »<sup>1873</sup>. Vraisemblablement dans l'acception retenue, GUGGENHEIM utilise les termes de « **norme de compétence** »<sup>1874</sup>; CHAUDET, comme ici, ceux de « norme d'imputation »<sup>1875</sup>.

1107. En doctrine, on définit parfois la norme d'imputation différemment, en affirmant qu'il s'agit de la règle de droit qui attribue à quelqu'un la responsabilité<sup>1876</sup>. Par souci de précision, nous préférons dire que **les normes d'imputation attribuent des comportements**<sup>1877</sup>, la responsabilité étant fondée, le cas échéant, par une norme de responsabilité au sens strict<sup>1878</sup> grâce à l'imputation opérée par l'une de ces règles de droit.

#### A. L'élément distinctif des normes d'imputation

1108. De manière similaire à ce qui vaut pour les normes de responsabilité au sens strict<sup>1879</sup>, l'élément caractéristique d'une norme d'imputation réside dans l'effet juridique qu'elle produit : elle attribue à un sujet de droit le fait d'un autre sujet de droit de sorte que, d'un point de vue juridique, le premier est l'auteur du fait du deuxième ou l'on fait comme s'il l'était. Dès lors, pour savoir si

<sup>1870</sup> Pour une définition du droit de la responsabilité, cf. l'introduction du chapitre IV.2., notamment N 1091.

<sup>1871</sup> ARNAUD-TROPER, p. 293.

<sup>1872</sup> SCHWENZER, N 23.02.

<sup>1873</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3071.

<sup>1874</sup> GUGGENHEIM, *effets*, p. 234.

<sup>1875</sup> CHAUDET, *responsabilité délictuelle*, p. 13.

<sup>1876</sup> Cf., par exemple, GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3071, et CHAUDET, *ibidem*.

<sup>1877</sup> Cf. BaK-JACOBS, N 10 *ad art.* 54/55 CC.

<sup>1878</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1879</sup> Concernant l'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1. A., p. 390, N 1098 ss.

une règle de droit est une norme d'imputation, **il faut analyser sa conséquence juridique**. Plus précisément en matière de responsabilité, elle en est une si elle impute à une personne l'acte préjudiciable accompli matériellement par une autre personne de sorte que, d'un point de vue juridique, la première est l'auteur de l'acte de la deuxième ou traitée comme tel.

1109. En revanche, **l'état de fait de la règle de droit ne joue pas de rôle dans cette optique**. Certes, il faut qu'il soit réalisé pour que la règle opère, mais ce n'est pas en l'examinant qu'on peut déterminer si une règle de droit est une norme d'imputation. D'ailleurs, comme dans le cas des normes de responsabilité au sens strict, les états de fait peuvent différer largement d'une norme d'imputation à l'autre<sup>1880</sup>.

1110. **En résumé**, en droit de la responsabilité, toute règle de droit est une norme d'imputation si elle a pour conséquence juridique le fait d'imputer à un sujet de droit l'acte préjudiciable accompli matériellement par un autre sujet de droit de sorte que, d'un point de vue juridique, le premier est l'auteur de l'acte du deuxième ou traitée comme tel, indépendamment de son état de fait.

### B. *L'application dans la situation analysée*

1111. Il existe des normes de responsabilité au sens strict en vertu desquelles un débiteur est tenu de réparer le préjudice subi par son créancier résultant de l'inexécution d'une obligation qui les lie et qui n'opèrent pas lorsque le dommage est dû aux agissements d'un tiers que celui-là a chargé d'exécuter la dette. L'art. 97 al. 1 CO est, par exemple, une telle règle de droit si le débiteur n'a pas commis de faute<sup>1881</sup>. Malgré cela, la responsabilité de ce dernier pourrait, néanmoins, être engagée s'il existait une autre règle de droit, plus précisément une norme d'imputation, qui, ses conditions étant remplies, attribuait au débiteur l'acte préjudiciable aux intérêts du créancier accompli par le tiers de sorte que, d'un point de vue juridique, le premier était l'auteur de l'acte du dernier ou on le traitait comme tel. Si, suite à l'application de cette règle, il résultait que toutes les conditions de la norme de responsabilité au sens strict étaient réalisées, le débiteur devrait réparer le préjudice du créancier. Donc on pourrait prévoir une responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires par le **jeu de deux dispositions**: une norme d'imputation et une norme de responsabilité au sens strict qui opère grâce à l'autre règle de droit.

---

<sup>1880</sup> Sur la grande variété des états de fait des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1100.

<sup>1881</sup> Sur le fait qu'en l'absence d'une faute personnelle du débiteur, ce dernier ne répond pas du comportement d'un tiers en vertu de l'art. 97 al. 1 CO, cf. l'introduction du sous-chapitre IV.2.2., notamment N 1115.

**Exemple 1 :** Il est admis que l'art. 55 al. 2 CC est une norme d'imputation<sup>1882</sup>. En effet, cette disposition, lorsque ses conditions sont réalisées, produit l'effet juridique suivant : elle attribue à la personne morale les comportements de ses organes de sorte qu'on considère le fait de ceux-ci comme celui de celle-là<sup>1883</sup>. Dans sa formulation, elle distingue entre la conclusion par les organes d'actes juridiques (« par leurs actes juridiques »<sup>1884</sup>) et leurs autres comportements (« par leurs autres faits »<sup>1885</sup>). Formellement, c'est cette deuxième hypothèse qui est pertinente lorsqu'on détermine si une personne morale engage sa responsabilité : alors, en vertu de l'art. 55 al. 2 *in fine* CC, l'acte préjudiciable d'une personne est, d'un point de vue juridique, celui de la personne morale dont celle-là est l'organe, ce qui permet d'appliquer des normes de responsabilité au sens strict tels que l'art. 41 al. 1 CO ou, si on envisage une responsabilité pour l'inexécution d'une obligation, l'art. 97 al. 1 CO<sup>1886</sup>. Ainsi, lorsque l'art. 55 al. 2 *in fine* CC s'applique, il ne s'agit, certes, jamais d'un cas de responsabilité pour le fait d'autrui, les notions d'organe et de tiers étant logiquement exclusives<sup>1887</sup> ; néanmoins, la responsabilité d'une personne morale pour le fait de ses organes (y compris, en particulier, celle pour l'inexécution au sens large d'une obligation) résulte du jeu de deux dispositions : une norme d'imputation (l'art. 55 al. 2 *in fine* CC) et une norme de responsabilité au sens strict qui opère grâce à l'autre règle de droit<sup>1888</sup>.

**Exemple 2 :** L'art. 14 al. 1 LVF est-il une deuxième illustration de la construction législative présentée dans ce paragraphe pour qu'un débiteur réponde du préjudice que subit le créancier du fait du tiers dont celui-là se sert pour exécuter son obligation ? Pour que ce soit le cas, il faudrait admettre qu'il énonce une norme de responsabilité au sens strict dans sa première partie (« L'organisateur ou le détaillant partie au contrat est responsable envers le consommateur de la bonne exécution du contrat »<sup>1889</sup>) et que sa deuxième partie (« indépendamment du fait que les prestations dues soient à fournir par lui-même ou par d'autres prestataires de services »<sup>1890</sup>) contient une norme d'imputation pour le

<sup>1882</sup> ATF 121/1995 III 176, consid. 4d, p. 182 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3071 ; CHAUDET, *responsabilité délictuelle*, p. 13 ; BaK-JACOBS, N 10 *ad* art. 54/55 CC ; CR-WERRO, N 38 *ad* art. 55 CO.

<sup>1883</sup> Cf., par exemple, RIEMER, N 53 *ad* art. 54/55 CC, et SCHWENZER, N 23.27 ; ainsi que l'ATF 124/1998 III 418 consid. 1b, p. 420, et consid. 1c, p. 422.

<sup>1884</sup> En allemand, « durch den Abschluss von Rechtsgeschäften » ; en italien, « nella conclusione dei negozi giuridici ».

<sup>1885</sup> En allemand, « durch ihr sonstiges Verhalten » ; en italien, « per effetto di altri atti od omissioni ».

<sup>1886</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale pour l'ensemble de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.1.1., notamment N 302.

<sup>1887</sup> Sur le fait que les notions d'organe et de tiers, notamment d'auxiliaire, sont logiquement exclusives, cf. le paragraphe II.2.4.3., notamment N 597.

<sup>1888</sup> Dans le même sens PORTMANN, p. 32 s.

<sup>1889</sup> En allemand, « Der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, haftet dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung » ; en italien, « L'organizzatore o il venditore contraente è responsabile nei confronti del consumatore della buona esecuzione del contratto ».

<sup>1890</sup> En allemand, « unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen zu erbringen haben » ; en italien, « indipendentemente dal fatto che egli stesso o altri prestatorei debbano fornire i servizi ».



cas où « les prestations dues » seraient fournies « par d'autres prestataires de services » que le responsable potentiel lui-même<sup>1891</sup>. Même si cette lecture de la disposition est convaincante, la teneur de celle-ci est trop vague pour qu'elle soit indubitable. En effet, comme le dit MARCHAND, le « législateur fédéral s'est contenté de reprendre la directive, qui ne faisait que poser le principe de la responsabilité de façon très générale »<sup>1892</sup>; de manière tellement générale, pourrait-on ajouter, que l'art. 5 al. 1 de la Directive européenne 90/314/CEE<sup>1893</sup>, soit la norme qui a été reprise à l'art. 14 al. 1 LVF, commence par « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour ». Si le caractère général de la norme européenne est compréhensible, le but de celle-ci étant celui de fixer un résultat matériel à atteindre sans préjuger des solutions formelles par lesquelles les Etats membres y parviendront<sup>1894</sup>, le législateur suisse aurait pu faire preuve d'un plus grand esprit d'initiative.

C. *Des normes n'étant pas nécessairement limitées au droit de la responsabilité*

1112. Les deux exemples énoncés dans le paragraphe précédent (IV.2.1.2.B., N 1111) suscitent l'observation suivante. Dans cette étude, la notion de norme d'imputation a été abordée dans une optique finalisée à la compréhension de l'art. 101 al. 1 CO, raison pour laquelle on en a donné une définition qui vise essentiellement le droit de la responsabilité: ainsi, on a parlé d'imputation de « l'acte préjudiciable » et non, de manière plus générale, d'attribution du « fait » ou du « comportement »<sup>1895</sup>. Or, notre ordre juridique contient sûrement **des normes d'imputation qui ne concernent pas la réparation d'un préjudice** ou qui, tout en s'appliquant aussi en ce domaine, ont un champ d'application plus large. Tel est le cas, par exemple, de l'art. 55 al. 2 CC, qui impute à la personne morale l'acte préjudiciable accompli par les organes de celle-ci mais également les actes juridiques que ces derniers ont passés; de la sorte, le champ d'application de cette disposition va au-delà du droit de la responsabilité. En revanche, celui de l'art. 14 al. 1 LVF, l'autre règle de droit analysée à titre illustratif, est limité à cette matière.

De manière générale, on pourrait définir comme norme d'imputation toute règle de droit qui, lorsqu'elle opère, attribue à un sujet de droit le fait d'un autre sujet de droit, de sorte que, d'un point de vue juridique, le premier est l'auteur du fait en cause ou traité comme s'il l'était. Cette définition se concrétise en droit de la responsabilité de la manière qu'on a vu.

---

<sup>1891</sup> De cet avis, vraisemblablement, MARCHAND, *voyages à forfait*, N 52; ainsi que HANGARTNER, p. 143; MARTINELLI, notamment p. 88 et 90.

<sup>1892</sup> MARCHAND, *voyages à forfait*, p. 735 n. 113.

<sup>1893</sup> Il s'agit de la Directive européenne 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, in *Journal officiel* n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59 ss.

<sup>1894</sup> Cf. l'art. 1 de la Directive européenne 90/314/CEE.

<sup>1895</sup> Pour une définition de la norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., notamment N 1105.

1113. Cette liberté des normes d'imputation pour ce qui concerne leur possible champ d'application constitue **une différence par rapport aux normes de responsabilité au sens strict**, qui, par définition, traitent toujours de la réparation d'un préjudice<sup>1896</sup>.

## 2.2. La solution retenue par le législateur suisse à l'art. 101 al. 1 CO

1114. Parmi les dispositions générales du Code des obligations, le législateur fédéral a traité des effets de l'inexécution (au sens large<sup>1897</sup>) des obligations dans le deuxième chapitre du titre deuxième. Ce chapitre commence par l'art. 97 al. 1 CO<sup>1898</sup>. Cette disposition, qui est une norme de responsabilité au sens strict<sup>1899</sup>, fonde la responsabilité du débiteur lorsque « le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement » à moins que celui-là ne prouve « qu'aucune faute ne lui est imputable. » Autrement dit, d'après cette règle de droit, le débiteur n'est « tenu de réparer le dommage » que s'il est fautif.

1115. Selon l'art. 68 CO, « le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même. » Cette règle s'applique en présence d'une « obligation personnelle qualifiée »<sup>1900</sup>. En dehors de cette hypothèse, soit dans la très grande majorité des cas, le débiteur peut faire appel à une ou plusieurs tierces personnes pour fournir la prestation due<sup>1901</sup>. Par conséquent, en cas d'inexécution au sens large d'une obligation en raison des agissements du tiers auquel il a confié l'accomplissement de sa dette en conformité avec l'art. 68 CO *a contrario*, sa responsabilité ne sera pas engagée en vertu de l'art. 97 al. 1 CO s'il peut prouver qu'il n'est pas fautif<sup>1902</sup>. Or, il existe de bonnes raisons pour que le débiteur réponde du préjudice causé au créancier par la participation d'un auxiliaire à l'exécution de son obligation indépendamment de toute responsabilité pour son propre fait<sup>1903</sup>.

<sup>1896</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1897</sup> Pour une définition de l'« inexécution au sens large », cf. l'Introduction, N 4.

<sup>1898</sup> Sur l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale pour l'ensemble de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.1.1., notamment N 302.

<sup>1899</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1900</sup> TERCIER, *obligations*, N 931.

<sup>1901</sup> Cf., par exemple, BaK-LEU, N 1 *ad* art. 68 CO, et WEBER 1, N 4 *ad* art. 68 CO.

<sup>1902</sup> VON TUHR/ESCHER, § 70 I, p. 123 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 1633 ; ainsi que SPIRO, § 4, p. 52 ss.

<sup>1903</sup> Concernant la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le chapitre II.1., p. 103, N 293 ss.

**C'est pourquoi le Code des obligations prévoit l'art. 101 al. 1 CO, en plus de l'art. 97 al. 1 CO.**

1116. **Dans ce sous-chapitre**, il s'agira de déterminer, entre les deux constructions législatives qui s'offraient au législateur suisse<sup>1904</sup>, quelle est celle par laquelle l'art. 101 al. 1 CO vise à rendre un débiteur responsable des agissements de ses auxiliaires : est-ce que cette disposition est une norme de responsabilité (au sens strict) *ad hoc*, destinée et apte à fonder l'obligation du débiteur de réparer le préjudice que subit le créancier du fait du tiers dont celui-là se sert pour exécuter sa dette, ou est-elle une norme d'imputation conduisant à l'application de l'art. 97 al. 1 CO ou d'une autre norme de responsabilité au sens strict?

### 2.2.1. D'après la doctrine

1117. **Dans ce paragraphe**, on relèvera d'abord que, classiquement, on considère que l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict (A.). On montrera ensuite qu'une partie de la doctrine traite cette disposition comme une norme d'imputation (B.).

#### A. *La conception classique : une norme de responsabilité au sens strict*

1118. Classiquement, on considère que **l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict** susceptible de fonder la responsabilité d'un débiteur pour le fait d'autrui.

1119. **Certains auteurs qualifient expressément l'art. 101 al. 1 CO de cette manière.** Par exemple, GAUCH, SCHLUEP et REY soutiennent que la disposition en question est une « norme matérielle de responsabilité » et définissent celle-ci comme une règle de droit qui énonce à quelles conditions un dommage entraîne une responsabilité<sup>1905</sup>. Cette définition est similaire à celle qu'on a proposée de la norme de responsabilité au sens strict : comme pour celle-ci, la caractéristique essentielle réside dans le fait de fonder l'obligation pour une personne d'en indemniser une autre<sup>1906</sup>. De même, KOLLER affirme que l'art. 101 al. 1 CO est une « norme qui fonde la responsabilité » et il entend par cette expression qu'il s'agit d'une disposition qui établit à quelles conditions il existe une obligation de réparer le dommage<sup>1907, 1908</sup>.

---

<sup>1904</sup> S'agissant des diverses constructions législatives possibles pour qu'un débiteur réponde pour des tiers, cf. le sous-chapitre IV.2.1., p. 389, N 1095 ss.

<sup>1905</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3070 s.

<sup>1906</sup> Cf. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3071. A propos de la caractéristique essentielle de toute norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1., notamment N 1096.

<sup>1907</sup> KOLLER, N 35.

<sup>1908</sup> Cf. également CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* art. 101 CO.

1120. **D'autres auteurs**, qui ne désignent pas expressément l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict, **l'admettent par leurs affirmations**. Ainsi, DESCHENAUX et TERCIER exposent que, si les conditions de l'art. 101 al. 1 CO sont remplies, le débiteur répond du dommage subi par le créancier et que cette disposition « institue [...] une responsabilité spécifique pour le fait d'autrui »<sup>1909</sup>. Ils reconnaissent de cette façon qu'il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict. De manière similaire, OFTINGER et STARK disent, à propos de cette disposition, qu'elle est une norme particulière concernant l'obligation de payer des dommages-intérêts de la part de la partie à un contrat qui fait appel à un auxiliaire lors de l'exécution de sa dette<sup>1910, 1911</sup>.

### B. *La conception nouvelle : une norme d'imputation*

1121. Peut-être sous l'influence du § 278 BGB<sup>1912</sup>, une opinion différente s'affiche en doctrine, selon laquelle **l'art. 101 al. 1 CO serait uniquement une norme d'imputation** des actes d'un tiers.

1122. En particulier, **SCHWENZER se prononce en ce sens**. Elle affirme que l'art. 101 al. 1 CO ne constitue pas une base légale susceptible de fonder directement une prétention en réparation du préjudice subi, mais représente uniquement une norme d'imputation du comportement d'un tiers<sup>1913</sup>.

1123. SCHWENZER estime, en outre, que WIEGAND est de même avis qu'elle lorsqu'il soutient dans le Commentaire bâlois que l'art. 101 al. 1 CO « stellt eine Zurechnungsnorm für Drittverhalten dar »<sup>1914</sup>. Or, cet auteur avait, en tout cas, une conception autre en 1983 : si déjà alors il parlait au sujet de cette norme d'une « Zurechnungsnorm für Drittverhalten », il déclarait aussi qu'en vertu de cette règle de droit le débiteur répond des dommages qu'un auxiliaire, mobilisé par lui pour exécuter une obligation, cause dans l'accomplissement de la dette et que l'art. 101 al. 1 CO représente le fondement de la responsabilité<sup>1915</sup>. Interpréter ces assertions sans contradiction revient à admettre que WIEGAND considérerait cette disposition comme une norme de responsabilité au sens strict au plan formel et que, en disant que la règle de droit est une

<sup>1909</sup> DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 19.

<sup>1910</sup> OFTINGER/STARK, II, § 20 N 25.

<sup>1911</sup> Cf. également PORTMANN, p. 36, 43 s. et, en particulier, p. 53.

<sup>1912</sup> Le § 278 BGB, dont l'intitulé est « Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte », a la teneur suivante : « Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung. »

<sup>1913</sup> SCHWENZER, N 23.02.

<sup>1914</sup> BaK-WIEGAND, N 2 ad art. 101 CO.

<sup>1915</sup> WIEGAND, *Nichterfüllung*, p. 5.

« Zurechnungsnorm für Drittverhalten », il voulait mettre en évidence qu'elle a pour résultat juridique, d'un point de vue matériel, qu'un débiteur engage sa responsabilité pour le fait de son auxiliaire dans la même ampleur que pour son propre fait<sup>1916</sup>, sans soutenir que l'art. 101 al. 1 CO est une norme d'imputation au sens technique. Vu que l'auteur se réfère dans le Commentaire bâlois à son article de 1983 et qu'il utilise la même expression dans les deux textes, on peut se demander s'il a vraiment changé d'avis depuis. D'ailleurs, il **laisse expressément ouverte la question de la construction législative retenue** par le législateur fédéral à l'art. 101 al. 1 CO lors de l'analyse des effets de cette règle de droit<sup>1917</sup>.

1124. Proches de l'opinion manifestée par WIEGAND, d'autres avis de doctrine soutiennent que l'art. 101 al. 1 CO fonctionne comme une norme d'imputation au plan matériel, tout en admettant qu'il est **une norme de responsabilité au sens strict au plan formel**. Ainsi, WEBER affirme d'abord que cette norme a les caractéristiques de la première plutôt que de la deuxième catégorie, mais ensuite il ajoute que la responsabilité fondée sur cette disposition est une responsabilité légale<sup>1918</sup>; or, si l'art. 101 al. 1 CO fonde la responsabilité du débiteur, alors il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict, conformément à la définition proposée de celle-ci<sup>1919</sup>. En réalité, l'auteur ne se contredit pas parce qu'il nous semble que, lorsqu'il déclare que la règle de droit est une norme d'imputation, il n'a pas une optique formelle (il ne s'intéresse pas à la construction législative retenue par le législateur suisse), mais matérielle: il n'entend pas dire que cette disposition vise à rendre le débiteur responsable des actes d'un auxiliaire de la même manière que l'art. 55 al. 2 CC pour les faits des organes d'une personne morale<sup>1920</sup>; son but, comme l'indique l'expression « vom Charakter her », est celui de mettre en évidence, d'un point de vue matériel, les particularités du régime mis en place à l'art. 101 al. 1 CO et notamment d'indiquer qu'il ne s'agit pas, pour ainsi dire, d'une responsabilité causale pure. En revanche, sous l'angle formel, WEBER reconnaît, d'après nous, que la disposition est une norme de responsabilité au sens strict. De manière similaire, après avoir affirmé que l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict<sup>1921</sup>, THÉVENOZ relève que, sous l'angle du contenu, cette règle de

---

<sup>1916</sup> Sur l'ampleur équitable de la responsabilité du débiteur pour des tiers, cf. le paragraphe II.1.2.1.B., notamment N 338.

<sup>1917</sup> BaK-WIEGAND, N 18 *ad* art. 101 CO.

<sup>1918</sup> WEBER 2, N 4 *ad* art. 101 CO.

<sup>1919</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1920</sup> A propos de l'art. 55 al. 2 CC en tant que norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., notamment N 1111.

<sup>1921</sup> CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* art. 101 CO; ainsi que le paragraphe IV.2.2.1.A., notamment N 1119.

droit fonctionne de la même façon qu'une norme d'imputation<sup>1922</sup>. On peut faire le même raisonnement par rapport à la position de BUCHER<sup>1923</sup>.

1125. Sous l'angle de la construction législative retenue par le législateur fédéral, ces auteurs ne s'éloignent pas de la conception classique selon laquelle l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict<sup>1924</sup>. L'originalité de leur analyse réside dans le fait **qu'en distinguant le plan formel du plan matériel**, ils mettent en évidence que, bien qu'il s'agisse d'une norme de responsabilité au sens strict, l'art. 101 al. 1 CO fonctionne matériellement comme une norme d'imputation. L'avis mérite d'être retenu. On y reviendra dans la partie conclusive du présent chapitre.

1126. Néanmoins, SCHWENZER n'est pas la seule; **d'autres auteurs** considèrent que, d'un point de vue formel déjà, l'art. 101 al. 1 CO n'est qu'une norme d'imputation de l'acte préjudiciable de l'auxiliaire. FINK et ROBERTO sont de cet avis<sup>1925</sup>; ainsi qu'apparemment GUGGENHEIM, qui utilise les termes de « norme de compétence »<sup>1926</sup>.

### 2.2.2. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité

1127. Dans ce paragraphe, on montrera d'abord que, historiquement, le Tribunal fédéral considère que l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict (A.), ensuite que, plus récemment, il a traité cette disposition comme une norme d'imputation (B.) et enfin que, dans le dernier quart de siècle, sa conception fluctue entre ces deux solutions (C.).

#### A. *La conception historique : une norme de responsabilité au sens strict*

1128. Il est **rare de trouver dans la jurisprudence du Tribunal fédéral un passage** où ce dernier précise explicitement s'il conçoit l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict ou comme une norme d'imputation.

1129. Sa **seule indication explicite** figure dans un arrêt des années 60 (l'arrêt Doris X. et A. X. contre Nervensanatorium Z.), où la disposition est qualifiée de « Haftungsbestimmung »<sup>1927</sup>. A première vue, ce terme est ambigu parce que,

<sup>1922</sup> CR-THÉVENOZ, N 27 *ad* art. 101 CO.

<sup>1923</sup> Cf. BUCHER, p. 350 n. 84.

<sup>1924</sup> Concernant la conception classique de l'art. 101 al. 1 CO en doctrine, cf. le paragraphe IV.2.2.1.A., p. 399, N 1118 ss.

<sup>1925</sup> FINK/ROBERTO, *Fragen*, p. 217.

<sup>1926</sup> Cf. GUGGENHEIM, *effets*, p. 234.

<sup>1927</sup> ATF 92/1966 II 15, consid. 3, p. 18.

en disant qu'il s'agit d'une norme de responsabilité, on n'indique pas, à strictement parler, si on entend par là une norme de responsabilité au sens large<sup>1928</sup> ou au sens strict. Néanmoins, d'une part, il est d'usage d'utiliser l'expression employée par le Tribunal fédéral dans l'acception de « norme de responsabilité au sens strict »<sup>1929</sup>. D'autre part, d'autres éléments de l'arrêt confirment que la règle de droit est traitée comme **une norme de responsabilité au sens strict**<sup>1930</sup>. Ainsi, il est significatif que le traducteur au *Journal des Tribunaux* et celui de *La Semaine judiciaire* traduisent la locution « die Haftungsbestimmung des Art. 101 CO » par « la responsabilité de l'art. 101 CO »<sup>1931</sup>. En outre, dans tout l'arrêt, l'art. 101 al. 1 CO est la seule base légale mentionnée qui soit susceptible de fonder l'obligation de réparer le préjudice de la part de la défenderesse pour le fait de l'auxiliaire de cette dernière. Enfin, comme on le verra dans la suite de ce paragraphe, admettre que le Tribunal fédéral y considère cette disposition comme étant une norme de responsabilité au sens strict est conforme à sa jurisprudence de l'époque. D'ailleurs, en doctrine, juste après avoir traité l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict, LOTZ se réfère à cet arrêt<sup>1932</sup>.

1130. Dans le reste de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral ne donne pas d'autres indications expresses en la matière. Néanmoins, on peut distinguer si la Haute Cour envisage l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict ou comme une norme d'imputation **en mettant en évidence le rôle de cette disposition dans ses arrêts**. En effet, si la règle de droit est susceptible de fonder directement l'obligation du débiteur de réparer le préjudice d'autrui résultant du fait d'un auxiliaire, il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict<sup>1933</sup> ; si, en revanche, elle ne fait qu'attribuer au débiteur l'acte préjudiciable d'un auxiliaire pour que la responsabilité soit fondée, le cas échéant, sur une autre base légale telle que l'art. 97 al. 1 CO, elle est une norme d'imputation<sup>1934</sup>. Grâce à cette clé de lecture, il est possible d'établir quelle est la conception du Tribunal fédéral lorsqu'elle n'est pas explicite.

1131. Dans l'arrêt concernant la cause Gasser contre Bernische Kraftwerke de 1927, le Tribunal fédéral affirme que, dans la mesure où la défenderesse confie

---

<sup>1928</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens large », cf. l'introduction du chapitre IV.2., notamment N 1091.

<sup>1929</sup> Sur les expressions employées en allemand dans le sens de « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., notamment N 1093.

<sup>1930</sup> Cf. notamment ATF 92/1966 II 15, consid. 3 et 4, JdT 1966 I 526 (extr.), 526 ss.

<sup>1931</sup> JdT 1966 I 526 (extr.), 526, et SJ 1966 p. 432 (rés.), p. 432.

<sup>1932</sup> LOTZ, *rechtlichen Verantwortlichkeit*, p. 109.

<sup>1933</sup> Concernant la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par une norme spéciale de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.1.1., p. 389, N 1096 ss.

<sup>1934</sup> S'agissant de la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par le biais d'une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., p. 392, N 1105 ss.

l'exécution de ses obligations contractuelles à des auxiliaires, « elle est responsable en vertu de l'art. 101 CO »<sup>1935</sup>. Il ajoute aussi que « du moment que [...] la défenderesse ne peut pas [...] se libérer dans le cadre de l'art. 101 CO., comme le peut le maître en faisant la preuve prévue à l'art. 55, al. 1 CO. l'on doit admettre en principe sa responsabilité »<sup>1936</sup>. Ces deux passages notamment montrent que, ses conditions étant réalisées, l'art. 101 al. 1 CO fonde directement l'obligation du débiteur de réparer le préjudice du créancier. Il en résulte que **dans cet arrêt des années 20** la Haute Cour traite l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict.

1132. Sans qu'il ait changé d'avis entre temps<sup>1937</sup>, **le Tribunal fédéral a toujours la même conception 45 ans après**. Ainsi, dans l'arrêt de 1972 portant sur la cause Kindler contre Umbricht, il commence son raisonnement en disant : « La créance en dommages-intérêts déduite en justice dérive d'un rapport contractuel combiné avec l'art. 101 CO. »<sup>1938</sup> Ensuite, dans un considérant ultérieur, il paraphrase la conséquence juridique de l'art. 101 al. 1 CO par l'expression « haftet [...] für den [...] Schaden »<sup>1939</sup>, qui est typique d'une norme de responsabilité au sens strict<sup>1940</sup>. Il affirme également, à propos d'une des conditions de cette disposition, qu'il s'agit d'une « Haftungsvoraussetzung », d'une « condition stricte de la responsabilité »<sup>1941</sup>. Enfin, il traite de l'art. 97 al. 1 CO dans son dernier considérant, mais il le fait uniquement pour exclure une « responsabilité personnelle » du défendeur, parce que ce dernier n'a « commis aucune faute lors de la survenance du dommage »<sup>1942</sup>. Il en découle que dans cet arrêt le Tribunal fédéral considère que les art. 97 al. 1 et 101 al. 1 CO sont deux normes de responsabilité au sens strict pour deux états de faits différents.

### *B. La conception nouvelle : une norme d'imputation*

1133. Le Tribunal fédéral conçoit l'art. 101 al. 1 CO **différemment dans l'arrêt concernant la cause A. contre hoirs X. de 1977**. Dans cette triste affaire, après avoir indiqué les obligations du défendeur à l'égard de la demanderesse en vertu des art. 261 al. 1 et 271 al. 1 aCO et avoir constaté que ces devoirs ont

<sup>1935</sup> ATF 53/1927 II 233, consid. 3, p. 240, JdT 1927 I 487, 492 s.

<sup>1936</sup> ATF 53/1927 II 233, consid. 4, p. 243, JdT 1927 I 487, 495.

<sup>1937</sup> Cf. les ATF 70/1944 II 215, notamment consid. 4, p. 220 s., JdT 1945 I 41, 47 ; 90/1964 II 15, *passim*, JdT 1964 I 554 ; 91/1965 II 291, notamment consid. 2a et 3, p. 296, et consid. 4b, p. 297, JdT 1966 I 180, 184, 186 s. ; 92/1966 II 234, notamment consid. 1 et 3, p. 240, JdT 1967 I 241 (extr.), 242 ss.

<sup>1938</sup> ATF 98/1972 II 288, consid. 1, JdT 1973 I 639, 640.

<sup>1939</sup> ATF 98/1972 II 288, consid. 4, p. 293.

<sup>1940</sup> A propos des expressions usuelles pour exprimer la conséquence juridique d'une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1102.

<sup>1941</sup> ATF 98/1972 II 288, consid. 4, p. 293, JdT 1973 I 639, 643.

<sup>1942</sup> ATF 98/1972 II 288, consid. 5, JdT 1973 I 639, 644.



été violés, il considère que « la responsabilité du défendeur X. est [...] engagée selon les art. 261, 271 et 97 CO »<sup>1943</sup>. Or, l'acte contraire aux engagements découlant du contrat de bail et préjudiciable aux intérêts de la demanderesse n'a pas été accompli par X., mais par l'épouse de celui-ci, soit par un autre sujet de droit que le responsable. Malgré cela, la Haute Cour mentionne l'art. 97 CO, et non l'art. 101 al. 1 CO, comme base légale fondant l'action en réparation du dommage. On en déduit que dans son raisonnement la responsabilité est engagée sur la première disposition et que la deuxième ne fait qu'attribuer au débiteur l'acte d'un auxiliaire, en l'occurrence celui de l'épouse du responsable. L'art. 101 al. 1 CO joue donc le rôle d'une norme d'imputation, d'un point de vue formel déjà. Cela est confirmé par la paraphrase que le Tribunal fédéral en fait la seule fois qu'il le nomme. Il dit que selon cette règle de droit le locataire « est également responsable, comme du sien propre, du comportement de ses auxiliaires »<sup>1944</sup>.

### C. *Les fluctuations de la jurisprudence récente*

1134. Depuis l'arrêt dont traite le paragraphe précédent (IV.2.2.2.B., N 1133), c'est-à-dire dans plus que le dernier quart de siècle, le rôle que l'art. 101 al. 1 CO assume dans la jurisprudence du Tribunal fédéral est fluctuant : selon les arrêts, ce dernier envisage cette disposition tantôt comme une norme de responsabilité au sens strict tantôt comme une norme d'imputation. Les quatre arrêts analysés ci-après exemplifient dans quelle mesure, dans sa jurisprudence récente, la Haute Cour traite l'art. 101 al. 1 CO **parfois** comme une norme de responsabilité au sens strict<sup>1945</sup> **et parfois** comme une norme d'imputation<sup>1946</sup>.

**Exemple 1 :** Dans l'ATF 116/1990 II 519, le Tribunal fédéral affirme expressément que le comportement de l'assistante médicale « est imputable à son employeur (art. 101 CO). »<sup>1947</sup> Textuellement, il traite l'art. 101 al. 1 CO comme une norme d'imputation. Cette interprétation est confortée par le fait que,

---

<sup>1943</sup> ATF 103/1977 II 330, consid. 2b, ainsi que consid. 5, p. 338.

<sup>1944</sup> ATF 103/1977 II 330, consid. 2b, p. 333.

<sup>1945</sup> Pour d'autres arrêts dans lesquels on a l'impression que le Tribunal fédéral traite l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict, cf. notamment les ATF 107/1981 II 238, consid. 5b, p. 245, JdT 1982 I 82, 88 s. ; 112/1986 II 347, consid. 2, JdT 1987 I 28 (rés.), 30 ; 116/1990 II 305, consid. 2c, p. 308, JdT 1991 I 173 (extr.), 175 (pour cet arrêt, cf. également GAUCH, N 1893 ; *idem* dans l'adaptation française par Benoît CARRON) ; ainsi que, même si plus ambigu, l'ATF 113/1987 II 424, consid. 1b et d ; et TF, 1ère Cour civile, 3 juillet 2006, SJ 2007 I 1, consid. 4.2, p. 6.

<sup>1946</sup> Pour d'autres arrêts dans lesquels on dirait que le Tribunal fédéral envisage l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme d'imputation, cf. notamment l'ATF 122/1996 III 106, consid. 4, p. 108, consid. 5b, p. 109, et consid. 5c, JdT 1997 I 98, 100 ss ; ainsi que, mais plus ambigu, les ATF 119/1993 II 127, notamment consid. 4a, p. 130, et consid. 4c, p. 131, JdT 1994 I 298, 302 s. ; 123 III 124, consid. 3a, JdT 1998 I 295, 298 ; 124/1997 III 155, notamment consid. 3, JdT 1999 I 125, 131 ss ; 125/1999 III 70, notamment consid. 3a, p. 74.

<sup>1947</sup> ATF 116/1990 II 519, consid. 3d bb, p. 522, JdT 1991 I 634, 638.

dans l'arrêt, le rôle de la disposition<sup>1948</sup> est celui d'attribuer au médecin la conduite qu'a eu son assistante de sorte que, d'un point de vue juridique, on fait comme si le premier était l'auteur matériel des agissements de la deuxième<sup>1949</sup>. Ainsi, après avoir considéré que tout médecin « a l'obligation d'informer le patient sur les éventuels risques que pourrait engendrer le cas de maladie qui lui a été présenté », la Haute Cour soutient que « le défendeur n'a pas rempli ce devoir. »<sup>1950</sup> Or, concrètement, l'information insuffisante n'a pas été donnée par le médecin lui-même, mais par son assistante (le Tribunal fédéral aussi l'admet) ; si cela est sans importance, c'est en raison de l'application de l'art. 101 al. 1 CO, qui impute au premier le comportement préjudiciable de la deuxième<sup>1951</sup>. De même, la Haute Cour parle de violations du contrat par le défendeur<sup>1952</sup> et de « comportement fautif du défendeur ou de son assistante »<sup>1953</sup>, alors qu'elle reproche au premier uniquement les agissements de cette dernière. On en déduit que, dans cet arrêt, elle prend en considération l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme d'imputation.

**Exemple 2 :** Dans l'ATF 117/1991 II 65, le Tribunal fédéral considère que la conséquence juridique de l'art. 101 al. 1 CO, lorsque les « conditions d'application [...] sont réalisées », consiste en la « condamnation à des dommages-intérêts »<sup>1954</sup>. Cela est le propre d'une norme de responsabilité au sens strict<sup>1955</sup>. Il ajoute notamment que, « lorsque l'art. 101 al. 1 CO est applicable, le débiteur [...] doit établir [pour se libérer] que, s'il avait agi comme son auxiliaire [...], on ne pourrait lui reprocher aucune faute »<sup>1956</sup> et traite de la sorte, tout en se référant à cette disposition, des conditions mêmes auxquelles l'obligation de réparer le préjudice d'autrui naît à la charge du débiteur. Il en résulte que le Tribunal fédéral conçoit l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict<sup>1957</sup>.

**Exemple 3 :** Dans l'ATF 117/1991 II 563, on retrouve des éléments similaires à ceux relevés lors de l'analyse de l'ATF 116/1990 II 519 (exemple 1 ci-dessus). D'une part, le Tribunal fédéral affirme que le défendeur doit « se laisser opposer » le comportement de son stagiaire « en vertu de l'art. 101 al. 1 CO »<sup>1958</sup> ;

<sup>1948</sup> Sur le fait que le rôle que joue l'art. 101 al. 1 CO dans le raisonnement du Tribunal fédéral permet de distinguer si la disposition est traitée comme une norme de responsabilité au sens strict ou comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.2.A., notamment N 1130.

<sup>1949</sup> Concernant l'élément distinctif des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.A., p. 393, N 1108 ss.

<sup>1950</sup> ATF 116/1990 II 519, consid. 3 d bb, p. 523, JdT 1991 I 634, 639.

<sup>1951</sup> ATF 116/1990 II 519, consid. 3 d bb, p. 522 ; traduit au JdT 1991 I 634, 638.

<sup>1952</sup> ATF 116/1990 II 519, consid. 4 a, p. 524 ; traduit au JdT 1991 I 634, 640.

<sup>1953</sup> ATF 116/1990 II 519, consid. 4 b, JdT 1991 I 634, 640.

<sup>1954</sup> ATF 117/1991 II 65, consid. 2 a.

<sup>1955</sup> S'agissant de l'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., p. 390, N 1098 ss.

<sup>1956</sup> ATF 117/1991 II 65, consid. 2 b, p. 67.

<sup>1957</sup> Dans le même sens LACHAT, *sous-location*, p. 484, qui reprend l'arrêt.

<sup>1958</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3 a.

ce qui laisse entendre une conception de cette disposition comme étant une norme d'imputation. D'autre part, on constate que, une fois qu'il a évoqué cette règle de droit, il n'importe plus dans son raisonnement que, d'un point de vue strictement matériel, ce soit le stagiaire qui ait porté atteinte, par ses agissements, aux intérêts du créancier, et non l'avocat lui-même. Ainsi, pour admettre la contravention à une obligation, il se contente de dire que « le fait d'avoir considéré que l'hypothèque légale pouvait être constituée sur cette parcelle équivalait objectivement à une violation du devoir de diligence incombant à l'avocat »<sup>1959</sup> ; or, de fait, c'est le stagiaire qui a fait la considération erronée, ne s'étant pas rendu compte que « l'immeuble pour lequel l'entrepreneur avait fourni les éléments en béton préfabriqués ne pouvait être la parcelle no 10.166 »<sup>1960</sup>. L'attitude du Tribunal fédéral s'explique en acceptant l'idée qu'il envisage l'art. 101 al. 1 CO comme une norme d'imputation, de sorte que, d'un point de vue juridique, on fait comme si les agissements du stagiaire étaient ceux de l'avocat. La dernière phrase de l'arrêt est particulièrement significative en ce sens : la Haute Cour y soutient que le défendeur « a violé fautivement son devoir de diligence »<sup>1961</sup>, alors qu'elle avait constaté auparavant que le défendeur « n'a pas violé fautivement son devoir de diligence »<sup>1962</sup>. Interpréter de manière cohérente ces deux affirmations revient à admettre que, à strictement parler, l'avocat n'a pas contrevenu fautivement à son obligation et à reconnaître que, si on dit que tel est le cas, c'est parce que, au plan juridique, on lui a attribué préalablement le comportement préjudiciable de son stagiaire en vertu de l'art. 101 al. 1 CO et on fait comme si les actes de ce dernier étaient les siens propres.

**Exemple 4 :** Dans l'ATF 119/1993 II 337, le Tribunal fédéral conçoit l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict. En particulier, on peut mettre en évidence deux éléments en ce sens. Premièrement, il reprend le texte de la règle de droit<sup>1963</sup>, qui, comme on le verra dans le prochain paragraphe (IV.2.2.3., N 1136 ss), plaide pour une conception de la disposition comme étant une norme de ce type. Deuxièmement, la Haute Cour précise que le débiteur « peut se libérer, conformément à l'art. 101 CO, en établissant que s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire [...], on ne pourrait lui reprocher aucune faute »<sup>1964</sup>. Comme dans l'ATF 117/1991 II 65 (exemple 2 ci-dessus), elle prend en considération cette preuve libératoire dans le cadre de l'application de l'art. 101 al. 1 CO même. Ce faisant, elle ne limite pas le rôle de cette disposition à celui d'attribuer au débiteur les actes des auxiliaires de ce dernier, une éventuelle responsabilité étant engagée, le cas échéant, en vertu d'autres bases légales : elle traite la règle de droit comme une norme qui règle les conditions mêmes qui doivent être réalisées pour que le créancier ait droit à

---

<sup>1959</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3b, p. 569.

<sup>1960</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3b, p. 568.

<sup>1961</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3c.

<sup>1962</sup> ATF 117/1991 II 563, consid. 3a.

<sup>1963</sup> ATF 119/1993 II 337, consid. 3c aa.

<sup>1964</sup> ATF 119/1993 II 337, *ibidem*.

la réparation du préjudice qu'il a subi du fait qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui était due en raison des agissements des auxiliaires de l'autre, c'est-à-dire comme une norme de responsabilité au sens strict destinée et apte à fonder l'obligation du débiteur de réparer le dommage résultant des actes de tierces personnes. PIOTET, qui traite de cet arrêt, adopte la même conception de la disposition<sup>1965</sup>.

1135. **En résumé**, sans qu'il ait annoncé de changement, on a l'impression que, dans les dernières décennies, le Tribunal fédéral, de manière plus ou moins consciente, s'est mis au cas par cas dans l'optique qui lui paraissait être la plus appropriée.

### 2.2.3. D'après le texte de la loi : une norme de responsabilité au sens strict

1136. Tant pour les normes de responsabilité au sens strict que pour les normes d'imputation, l'élément distinctif consiste dans l'effet juridique produit ; il en résulte qu'il faut toujours s'intéresser à la conséquence juridique de la règle de droit analysée pour savoir si celle-ci fait partie des premières ou des deuxièmes<sup>1966</sup>. Etablir, d'après le texte de la loi, quelle est la construction législative (entre les deux qui s'offraient au législateur fédéral<sup>1967</sup>) retenue à l'art. 101 al. 1 CO nécessite d'étudier la **conséquence juridique de cette disposition, telle que le législateur l'a codifiée**.

1137. Si toutes les conditions sont réalisées, aux termes de l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur « est responsable [...] du dommage ». On retrouve des formulations similaires dans les versions en allemand et en italien : « hat [...] den Schaden zu ersetzen » et « deve risarcire [...] il danno ». Dans les trois langues, le texte légal révèle donc une idée commune, c'est-à-dire que le débiteur doit la réparation du préjudice. Par conséquent, on déduit de la simple lecture de la disposition que **celle-ci fixe si, et à quelles conditions, le débiteur répond du dommage** causé par le tiers qu'il s'est adjoint pour exécuter son obligation.

1138. En outre, les trois expressions que le législateur suisse a employées pour énoncer l'effet juridique produit par l'art. 101 al. 1 CO deviennent encore plus parlantes si on met en relation cette disposition avec les autres dans lesquelles le législateur fédéral a eu recours aux mêmes formules pour exprimer la conséquence juridique. Ainsi, parmi les dispositions générales du Code des obligations, en vertu de l'art. 55 al. 1 CO, lorsque les conditions de cette

---

<sup>1965</sup> PIOTET, *liquidation*, p. 194 ss.

<sup>1966</sup> S'agissant de l'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., p. 390, N 1098 ss. Concernant l'élément distinctif des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.A., p. 393, N 1108 ss.

<sup>1967</sup> Sur les deux constructions législatives s'offrant au législateur pour qu'un débiteur réponde pour des tiers, cf. l'introduction du sous-chapitre IV.2.1., notamment N 1095.

disposition sont remplies, l'employeur « est responsable du dommage ». De même, dans la version en allemand des dispositions générales du Code des obligations, le législateur a fait usage de la locution utilisée à l'art. 101 al. 1 CO également pour établir l'effet juridique opéré par les art. 58 al. 1 et 98 al. 2 CO ; en italien, il s'en est servi pour celui des art. 29 al. 2 et 103 al. 1 CO et, avec des différences insignifiantes, pour celui des art. 52 al. 2, 58 al. 1 et 106 al. 1 CO. On constate que, quand la conséquence juridique d'une disposition autre que l'art. 101 al. 1 CO a été énoncée par l'une des expressions utilisées pour cette règle de droit, il s'agit de normes de responsabilité au sens strict<sup>1968</sup>. On en déduit que, lorsqu'elles sont employées pour exprimer l'effet juridique d'une disposition, **ces locutions sont propres d'une norme de responsabilité au sens strict**<sup>1969</sup>.

1139. Dès lors, les termes employés pour exprimer la conséquence juridique de l'art. 101 al. 1 CO indiquent que, d'après le texte de la loi, **cette règle de droit est une norme de responsabilité au sens strict**.

1140. On aurait pu difficilement inférer une telle indication du texte de la loi si le législateur fédéral avait énoncé la conséquence juridique de l'art. 101 al. 1 CO de la même manière qu'à l'art. 115 al. 1 aCO, à la lecture duquel le débiteur « répond de la faute »<sup>1970</sup> de ses auxiliaires. La formulation de la conséquence juridique de l'ancienne disposition était proche de celle de § 278 BGB<sup>1971</sup> et **lais-sait plutôt penser à une norme d'imputation**.

1141. On a modifié l'art. 115 al. 1 aCO afin que, comme le dit le Conseil fédéral dans son message du 3 mars 1905, « la forme et le fond du nouvel article 115 [l'art. 101 al. 1 CO actuel] concordent mieux avec les textes qui régissent la responsabilité hors contrat »<sup>1972</sup>, notamment les art. 333 al. 1 CC et 55 al. 1 CO<sup>1973</sup>. Ainsi, l'art. 101 al. 1 CO a **clairement pris la forme d'une norme de responsabilité au sens strict**. La modification rédactionnelle a été fortement critiquée par VON TUHR<sup>1974</sup>. Toutefois, les développements de ce dernier concernent les

---

<sup>1968</sup> Cf., par exemple, ENGEL, *Traité*, p. 368, et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 887, quant à l'art. 29 al. 2 CO ; WERRO, N 352, et REY, N 783, en ce qui concerne l'art. 52 al. 2 CO ; WERRO, N 436, et OFTINGER/STARK, II, § 20 N 1, pour ce qui est de l'art. 55 al. 1 CO ; WERRO, N 563, et REY, N 1023, pour l'art. 58 al. 1 CO ; ENGEL, *Traité*, p. 705, et CR-THÉVENOZ, N 24 *ad* art. 98 CO, s'agissant de l'art. 98 al. 2 CO ; CR-THÉVENOZ, N 1 *ad* art. 103 CO, et TERCIER, *obligations*, N 1179, quant à l'art. 103 al. 1 CO ; TERCIER, *obligations*, N 1186, et l'ATF 123/1997 III 241, consid. 4b, p. 245, JdT 1998 I 290, 294, concernant l'art. 106 al. 1 CO.

<sup>1969</sup> A propos des expressions usuelles pour exprimer la conséquence juridique d'une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1102.

<sup>1970</sup> En allemand, « ist verantwortlich für das Verschulden ».

<sup>1971</sup> Sur la teneur de § 278 BGB, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment n. 1912.

<sup>1972</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message droit des obligations*, p. 15.

<sup>1973</sup> CUENDET, N 373.

<sup>1974</sup> VON TUHR/ESCHER, § 70 III, p. 128 s. ; VON TUHR, *fremdes Verschulden*, p. 226 s.

conditions de la responsabilité et non l'effet juridique produit. Or, c'est ce deuxième aspect qui est relevant dans ce sous-chapitre.

## 2.3. Synthèse, comparaison et considérations finales

1142. Dans ce sous-chapitre, il s'agira d'abord de résumer le résultat de l'analyse (IV.2.3.1.), avant de comparer ce dernier avec la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers qui a été retenue dans les réglementations des codifications supranationales récentes (IV.2.3.2.). Enfin, on fera quelques considérations sur l'absence d'implications matérielles nécessaires du fait que deux conceptions de l'art. 101 al. 1 CO coexistent (IV.2.3.3.), et sur la construction législative qui est préférable *de lege ferenda* (IV.2.3.4.), avant de proposer une manière nouvelle d'aborder la responsabilité du débiteur (IV.2.3.5.).

### 2.3.1. Synthèse

1143. Dans le premier sous-chapitre (IV.2.1., N 1095 ss), on a présenté deux solutions de technique législative qui s'offrent au législateur pour rendre un débiteur responsable du préjudice que subit le créancier du fait du tiers dont celui-là se sert pour exécuter son obligation. La première construction législative analysée se caractérise par le fait que le moyen est direct dans la mesure où on fait appel à une norme de responsabilité au sens strict destinée et apte à fonder l'obligation du débiteur de réparer le dommage résultant des actes d'une tierce personne<sup>1975</sup>. Dans le deuxième cas, le moyen est indirect : on applique une norme de responsabilité (au sens strict) grâce à une autre règle de droit, c'est-à-dire par le biais d'une norme d'imputation<sup>1976</sup>. Comme une troisième construction (outre ces deux, l'une directe et l'autre indirecte) n'est, à nos yeux, pas possible, on ne peut pas rendre un débiteur responsable du préjudice que subit le créancier du fait du tiers qui participe à l'exécution d'une obligation de par la volonté de celui-là autrement **que par l'une de ces deux solutions de technique législative**<sup>1977</sup>.

1144. Pour ce qui concerne les **notions de norme de responsabilité au sens strict et de norme d'imputation**, on a vu qu'elles présentent plusieurs analogies. Ainsi, l'élément distinctif tant pour l'une que pour l'autre consiste dans

---

<sup>1975</sup> Concernant la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par une norme spéciale de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.1.1., p. 389, N 1096 ss. Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>1976</sup> S'agissant de la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par le biais d'une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., p. 392, N 1105 ss. Pour une définition de la norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., notamment N 1105.

<sup>1977</sup> Dans le même sens GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3071 ; CHAUDET, *responsabilité délictuelle*, p. 13.

l'effet juridique produit, de sorte que c'est toujours la conséquence juridique de la règle de droit analysée qui distingue, le cas échéant, s'il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict (comme l'art. 97 al. 1 CO) ou d'une norme d'imputation (comme l'art. 55 al. 2 CC), alors que son état de fait ne joue pas de rôle dans cette optique<sup>1978</sup>. De même, les états de fait de ces normes peuvent différer largement d'une disposition à l'autre<sup>1979</sup>.

1145. Cependant, il existe **une différence importante** entre ces deux types de règles de droit : alors qu'une norme de responsabilité au sens strict est nécessairement une norme de responsabilité au sens large<sup>1980</sup>, une norme d'imputation peut ne pas concerner la réparation d'un préjudice ou, tout en s'appliquant aussi en ce domaine, avoir un champ d'application plus ample<sup>1981</sup>. Ainsi, l'art. 55 al. 2 CC inclut une norme de responsabilité au sens large dans la mesure où il attribue à la personne morale l'acte préjudiciable des organes de celle-ci, mais il ne s'agit pas de son seul effet juridique<sup>1982</sup>.

1146. Par ailleurs, **la distinction, claire en théorie**, entre les deux constructions législatives possibles pour qu'un débiteur réponde du fait de ses auxiliaires **peut ne pas l'être en pratique**. Dans les deux cas, le but matériel poursuivi est le même : fonder, à certaines conditions, la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui. Ce qui diffère, c'est la solution de technique législative par laquelle on atteint ce résultat. Or, le législateur suisse a parfois négligé cet aspect, comme, par exemple, à l'art. 14 al. 1 LVF<sup>1983</sup>. En plus, il est d'autant plus difficile de distinguer une norme de responsabilité au sens strict d'une norme d'imputation (et *vice versa*) qu'il n'existe pas de terminologie clairement établie pour exprimer les conséquences juridiques des deux types de normes : si, pour énoncer l'effet juridique des normes de responsabilité au sens strict, le législateur utilise principalement toujours les mêmes locutions<sup>1984</sup>, il en va autrement pour les normes d'imputation. Pour celles-ci, il n'existe pas de formule usuelle, ce qu'indique déjà une simple comparaison des textes des art. 55 al. 2 CC et 14

---

<sup>1978</sup> S'agissant de l'élément distinctif des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., p. 390, N 1098 ss. Concernant l'élément distinctif des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.A., p. 393, N 1108 ss.

<sup>1979</sup> Sur la grande variété des états de fait des normes de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1100. A propos de la grande variété des états de fait des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.A., notamment N 1109.

<sup>1980</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens large », cf. l'introduction du chapitre IV.2., notamment N 1091.

<sup>1981</sup> Concernant le champ d'application potentiel des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.C., p. 396, N 1112 s.

<sup>1982</sup> A propos de l'art. 55 al. 2 CC en tant que norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., notamment N 1111.

<sup>1983</sup> Sur l'art. 14 al. 1 LVF, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., notamment N 1111.

<sup>1984</sup> A propos des expressions usuelles pour exprimer la conséquence juridique d'une norme de responsabilité au sens strict, cf. le paragraphe IV.2.1.1.A., notamment N 1102.

al. 1 LVF, dispositions qui ont été présentées à titre exemplatif pour montrer qu'il est possible de fonder la responsabilité du débiteur pour des tiers par le biais d'une norme d'imputation<sup>1985</sup>.

1147. Dans le deuxième sous-chapitre (IV.2.2., N 1114 ss), on a analysé quelle solution de technique législative a été retenue à l'art. 101 al. 1 CO. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité a montré que, **traditionnellement**, on a toujours considéré **l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme de responsabilité au sens strict**<sup>1986</sup>. Cela était peut-être tellement évident qu'il n'était même pas nécessaire de le souligner.

1148. Toutefois, tant en doctrine que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, on constate un phénomène commun. La conception susmentionnée a subi une sorte d'érosion et aujourd'hui, bien qu'elle ne soit pas dépassée, elle n'est plus unanimement acceptée. Une **nouvelle opinion** s'y est adjointe **selon laquelle l'art. 101 al. 1 CO serait une norme d'imputation**, d'un point de vue formel déjà<sup>1987</sup>.

1149. De cette coexistence de conceptions, s'ensuivent inévitablement des **fluctuations sur le rôle de la disposition dans notre ordre juridique**, qui apparaissent particulièrement dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité<sup>1988</sup>.

1150. Le texte légal, en revanche, n'a pas évolué de la même manière. Le législateur suisse n'a jamais modifié la teneur de la conséquence juridique de l'art. 101 al. 1 CO depuis l'adoption de cette disposition en 1911. En particulier, il ne l'a pas fait à l'occasion de la révision des dispositions régissant le contrat de travail de 1971, lorsqu'il a apporté quelques modifications rédactionnelles à l'état de fait de l'art. 101 al. 1 CO : il a alors introduit les termes « ou des travailleurs » en lieu et place de « ou des employés », afin d'établir une concordance (par ailleurs, criticable, car potentiellement trompeuse<sup>1989</sup>) avec l'art. 55 al. 1 CO, où par la même occasion il a remplacé l'expression « ses commis, employés de bureau et ouvriers » par « ses travailleurs ou ses autres auxiliai-

<sup>1985</sup> Pour des situations dans lesquelles la responsabilité d'un débiteur pour des tiers est fondée par le biais d'une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., p. 394, N 1111.

<sup>1986</sup> Concernant la conception classique de l'art. 101 al. 1 CO en doctrine, cf. le paragraphe IV.2.2.1.A., p. 399, N 1118 ss. S'agissant de la conception historique de l'art. 101 al. 1 CO dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.2.2.A., p. 403, N 1128 ss.

<sup>1987</sup> S'agissant de la conception nouvelle de l'art. 101 al. 1 CO en doctrine, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., p. 400, N 1121 ss. Concernant la conception nouvelle de l'art. 101 al. 1 CO dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.2.2.B., p. 405, N 1133.

<sup>1988</sup> Concernant les fluctuations dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité sur la conception de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.2.2.C., p. 406, N 1134 s.

<sup>1989</sup> Sur le fait que le cercle des auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 1 CO est plus large que celui des préposés au sens de l'art. 55 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.1.4.4.B., notamment N 1086.



res »<sup>1990</sup>. Il en résulte que **le texte de la loi continue à suggérer** une conception de l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme de responsabilité au sens strict<sup>1991</sup>.

1151. Il est opportun de choisir entre les deux conceptions possibles, notamment pour des raisons de clarté<sup>1992</sup>. Or, on a vu que, à sa lecture, le texte de la disposition donne la forte impression qu'il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict. Dans un système de droit codifié (comme c'est le cas en Suisse), il s'impose de suivre cette indication s'il n'y a pas de motifs véritables pour s'en écarter. Nous n'en trouvons ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>1993</sup>, de sorte qu'on considérera dans cette étude que **l'art. 101 al. 1 CO constitue une norme de responsabilité au sens strict**, destinée et apte à fonder la responsabilité du débiteur pour des tiers. Sur ce point, cette disposition diffère donc de l'art. 55 al. 2 CC, qui est une norme d'imputation.<sup>1994</sup>

### 2.3.2. Comparaison avec les réglementations des codifications supranationales récentes

1152. En matière de responsabilité, dans la réglementation des Principes européens, **l'art. 8:107 PE** impute explicitement au débiteur les actes du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là<sup>1995</sup>. Selon les notions développées dans le premier sous-chapitre (IV.2.1., N 1095 ss), cette disposition est **une norme d'imputation**, parce que, lorsqu'elle opère, elle attribue au débiteur les agissements de la tierce personne dont celui-là se sert pour accomplir la prestation due de sorte que, d'un point de vue juridique, il est l'auteur du fait de cette dernière ou, en tout cas, traité comme tel<sup>1996</sup>. Elle atteste que le régime unique de responsabilité prévu par les Principes européens est susceptible de s'appliquer que l'inexécution résulte des actes du débiteur lui-même ou de ceux de ce tiers<sup>1997</sup>. De fait, tout se passe comme si

---

<sup>1990</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message contrat de travail*, p. 436.

<sup>1991</sup> S'agissant de la conception de l'art. 101 al. 1 CO d'après le texte légal, cf. le paragraphe IV.2.2.3., p. 409, N 1136 ss.

<sup>1992</sup> Sur l'ambiguïté causée par la coexistence des deux conceptions de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.3.3., notamment N 1155.

<sup>1993</sup> S'agissant de la coexistence de deux conceptions de l'art. 101 al. 1 CO sans implications matérielles, cf. le paragraphe IV.2.3.3., p. 418, N 1155 ss.

<sup>1994</sup> Concernant le caractère souhaitable de la transformation de l'art. 101 al. 1 CO en norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.3.4., p. 422, N 1162 ss.

<sup>1995</sup> A propos de l'imputation explicite du fait d'autrui au débiteur par l'art. 8:107 PE, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 658.

<sup>1996</sup> Pour une définition de la norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., notamment N 1105.

<sup>1997</sup> Sur l'application du régime de responsabilité prévu par les Principes européens indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 656.

les actes de la tierce personne étaient ceux du débiteur<sup>1998</sup>. Autrement dit, l'art. 9:501 al. 1 PE, norme de responsabilité au sens strict<sup>1999</sup>, peut trouver application indépendamment de la personne qui, des deux, contrevient à l'obligation, et engager la responsabilité du débiteur pour le fait de l'autre de la même manière qu'il le peut pour le propre fait du premier.

1153. On a vu que la même imputation a lieu implicitement dans la réglementation de la **Convention** et dans celle des **Principes d'UNIDROIT**<sup>2000</sup>. On en déduit que celles-ci comprennent des **normes d'imputation** correspondantes à celle de l'art. 8:107 PE, **implicites** il est vrai. En effet, les régimes uniques de responsabilité prévus respectivement par la Convention et par les Principes d'UNIDROIT s'appliquent, potentiellement, que l'inexécution résulte des agissements du débiteur lui-même ou de ceux du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là<sup>2001</sup>. En d'autres termes, tant les art. 45 al. 1 let. b et 61 al. 1 let. b CVIM que l'art. 7.4.1 PU, normes de responsabilité au sens strict<sup>2002</sup>, peuvent trouver application sans égard à la personne qui, entre les deux, contrevient à l'obligation, et engager la responsabilité du débiteur pour le fait de l'autre de la même manière qu'ils le peuvent pour le propre fait de celui-là.

1154. Dès lors, comme on a retenu que l'art. 101 al. 1 CO constitue une norme de responsabilité au sens strict, destinée et apte à fonder directement la responsabilité du débiteur pour des auxiliaires<sup>2003</sup>, la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers **diffère dans les codifications supranationales étudiées et en droit interne suisse**. Néanmoins, on mettra en évidence dans le prochain paragraphe (IV.2.3.3.) notamment que cette divergence

<sup>1998</sup> Sur le fait qu'en matière de responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui selon les Principes tout se passe comme si les actes du tiers étaient ceux du débiteur, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 854.

<sup>1999</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092. A propos du droit général à des dommages-intérêts selon l'art. 9:501 al. 1 PE, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 706.

<sup>2000</sup> Concernant l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation de la Convention en matière de responsabilité, cf. le paragraphe I.2.2.1.A., p. 94, N 277 ss. S'agissant de l'imputation implicite du fait d'autrui au débiteur dans la réglementation des Principes d'UNIDROIT en matière de responsabilité, cf. le paragraphe III.2.3.1.B., p. 324, N 935 ss.

<sup>2001</sup> Sur l'application des art. 74 à 77 CVIM indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100. Sur l'application du régime de responsabilité prévu par les Principes d'UNIDROIT indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 656.

<sup>2002</sup> A propos de l'art. 45 al. 1 let. b CVIM, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 63. Sur l'art. 61 al. 1 let. b CVIM, cf. l'introduction du chapitre I.1., notamment N 64. A propos du droit général à des dommages-intérêts selon l'art. l'art. 7.4.1 PU, cf. l'introduction du sous-chapitre III.1.3., notamment N 706.

<sup>2003</sup> Pour une synthèse de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.3.1., notamment N 1151.

d'approche n'implique pas nécessairement de différences de contenu, parce qu'on peut atteindre les mêmes résultats pratiques par chacune des deux solutions de technique législative, avant de préciser, quand même, quelle est la construction législative qui est préférable (IV.2.3.4.).

### 2.3.3. Une coexistence de deux conceptions sans implications matérielles nécessaires

1155. On a vu que, malgré la clarté du texte légal, l'art. 101 al. 1 CO est compris de deux manières différentes tant en doctrine que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité<sup>2004</sup>. La coexistence de ces deux conceptions peut avoir pour effet de **compliquer la compréhension de l'art. 101 al. 1 CO**, parce que la conséquence juridique de cette disposition, ses conditions, la relation qu'elle entretient avec d'autres règles de droit, notamment l'art. 97 al. 1 CO, ne sont pas les mêmes selon qu'on considère qu'il s'agit d'une norme de responsabilité au sens strict ou d'une norme d'imputation (d'un point de vue formel déjà). En fonction de la conception choisie, ces éléments diffèrent d'un auteur, ou d'un arrêt, à un autre<sup>2005</sup>.

**Exemple 1 :** Si on estime que l'art. 101 al. 1 CO est une norme de responsabilité au sens strict, on traite de la question de la preuve libératoire dont dispose le débiteur<sup>2006</sup> dans le cadre de l'application de cette disposition elle-même. Le Tribunal fédéral a, par exemple, procédé de la sorte dans les ATF 53/1927 II 233<sup>2007</sup>, 117/1991 II 65 (exemple 2 du paragraphe IV.2.2.2.C., N 1134) et 119/1993 II 337 (exemple 4 du paragraphe IV.2.2.2.C., N 1134). En revanche, si on suit l'autre conception, cette problématique n'est pas du ressort de cette règle de droit : on y donne une réponse lorsqu'on analyse les conditions d'une autre norme, de responsabilité au sens strict, (par exemple, l'art. 97 al. 1 CO) qui opère grâce à l'art. 101 al. 1 CO.

**Exemple 2 :** Pareillement, si on adopte la première conception, l'art. 101 al. 1 CO a la même conséquence juridique que l'art. 97 al. 1 CO : le débiteur répond du dommage. Les deux règles de droit ont alors la même fonction dans la mesure où les deux permettent de répercuter un préjudice sur quelqu'un d'autre. Elles divergent uniquement en raison de leurs états de fait respectifs. Il s'agit, en somme, de deux normes de responsabilité au sens strict pour deux situations différentes. Le Tribunal fédéral a, ainsi, retenu cette relation entre les

---

<sup>2004</sup> Pour une synthèse de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.3.1., notamment N 1151.

<sup>2005</sup> Concernant les fluctuations dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité sur la conception de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.2.2.C., p. 406, N 1134 s.

<sup>2006</sup> S'agissant de la preuve libératoire à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le chapitre II.2., p. 147, N 434 ss.

<sup>2007</sup> Sur l'arrêt dans la cause Gasser contre Bernische Kraftwerke de 1927, cf. le paragraphe IV.2.2.2.A., notamment N 1131.

deux règles de droit dans l'ATF 98/1972 II 288<sup>2008</sup>. En revanche, les deux dispositions entretiennent un autre type de relation si on envisage l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme d'imputation. Cette règle de droit ne fonde alors jamais de responsabilité, de sorte que les deux normes diffèrent également par leurs conséquences juridiques. Des deux, seul l'art. 97 al. 1 CO peut engager la responsabilité du débiteur, le cas échéant pour le fait d'un tiers si les conditions de l'art. 101 al. 1 CO (en tant que norme d'imputation) sont également réalisées. La Haute Cour a, par exemple, adopté cette optique dans l'ATF 103/1997 II 330<sup>2009</sup>.

1156. Mis à part l'éventuelle ambiguïté qu'on vient de mettre en évidence, préjudiciable à la compréhension de la règle de droit, la coexistence de deux conceptions concernant l'art. 101 al. 1 CO n'a **pas d'autres effets**, en tout cas notables.

1157. En particulier, les arrêts que le Tribunal fédéral a rendus pendant le dernier quart de siècle environ ne sont pas incohérents les uns avec les autres quant au résultat juridique (d'un point de vue matériel) du seul fait que durant cette période la Haute Cour s'est parfois placée dans l'une et parfois dans l'autre optique<sup>2010</sup>. Qu'on traite l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict destinée et apte à fonder la responsabilité du débiteur pour le dommage résultant du fait du tiers auquel celui-là a fait appel pour exécuter son obligation<sup>2011</sup>, ou qu'on considère qu'il s'agit d'une norme d'imputation qui attribue au débiteur l'acte préjudiciable aux intérêts du créancier accompli par cette tierce personne et qui permet l'application d'une norme de responsabilité au sens strict susceptible d'engager la responsabilité de celui-là<sup>2012</sup>, **il ne s'agit que d'une question de technique législative** par laquelle on met en place la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui. Autrement dit, choisir entre les deux constructions législatives possibles<sup>2013</sup> ne préjuge pas du résultat matériel (ce n'est pas parce qu'on fait de l'art. 101 al. 1 CO une norme de responsabilité au sens strict que le régime de responsabilité est nécessairement plus sévère envers le débiteur que si la règle de droit en question était une

<sup>2008</sup> A propos de l'arrêt dans la cause Kindler contre Umbricht de 1972, cf. le paragraphe IV.2.2.2.A., notamment N 1132.

<sup>2009</sup> Pour l'arrêt dans la cause A. contre hoirs X. de 1977, cf. le paragraphe IV.2.2.2.B., notamment N 1133.

<sup>2010</sup> Concernant les fluctuations dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité sur la conception de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.2.2.C., p. 406, N 1134 s.

<sup>2011</sup> Concernant la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par une norme spéciale de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.1.1., p. 389, N 1096 ss. Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>2012</sup> S'agissant de la possibilité de fonder la responsabilité d'un débiteur pour des tiers par le biais d'une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., p. 392, N 1105 ss. Pour une définition de la norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., notamment N 1105.

<sup>2013</sup> Sur le fait qu'il n'y a pas de troisième construction législative possible par laquelle le débiteur répondrait pour des tiers, cf. le paragraphe IV.2.3.1., notamment N 1143.

norme d'imputation, et *vice versa*). La solution juridique dépend uniquement des conditions effectives qui fondent l'obligation du débiteur de réparer le préjudice résultant du fait d'un auxiliaire.

1158. Or, vu la manière dont le Tribunal fédéral a toujours interprété la disposition, **on arrive, sous l'angle matériel, exactement au même résultat** qu'on envisage l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme d'imputation ou comme étant une norme de responsabilité au sens strict. En effet, dans cette deuxième hypothèse, on admet que le débiteur ne doit pas répondre du dommage s'il apparaît que, en ayant agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait, il n'aurait pas été tenu pour responsable<sup>2014</sup>; de fait, tout se passe comme si les actes de l'auxiliaire étaient ceux du débiteur<sup>2015</sup>. Dans l'autre hypothèse, ce dernier n'est pas responsable si les conditions d'aucune norme de responsabilité au sens strict ne sont remplies, étant donné que l'on fait comme s'il avait agi à la place de l'auxiliaire. Dès lors, par rapport à la preuve libératoire qui est à la disposition du débiteur en matière de responsabilité pour des tiers, les deux conceptions ne comportent pas de différences d'un point de vue matériel, ce que confirme, indirectement, également le fait que la distinction entre organe et auxiliaire soit largement superflue en matière de responsabilité de la personne morale résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation<sup>2016</sup>. De même, dans les deux optiques, on détermine le cercle des personnes dont le débiteur répond de la même manière: il s'agit toujours des auxiliaires de ce dernier au sens de l'art. 101 al. 1 CO.

1159. En **doctrine**, WIEGAND partage vraisemblablement ce constat, puisqu'il laisse expressément ouverte la question de la solution de technique législative retenue par le législateur fédéral à l'art. 101 al. 1 CO lors de son analyse des effets de cette règle de droit<sup>2017</sup>. De même, les auteurs qui soutiennent que l'art. 101 al. 1 CO fonctionne comme une norme d'imputation au plan matériel, tout en admettant qu'il est une norme de responsabilité au sens strict au plan formel, devraient approuver l'idée que les deux conceptions de cette disposition n'ont pas d'implications matérielles<sup>2018</sup>. D'ailleurs, le fait que, indépendamment de la construction législative choisie, le fonctionnement de l'art. 101 al. 1 CO corresponde matériellement à celui d'une norme d'imputation est conforme au but même de cette règle de droit, qui est celui de rendre le débi-

---

<sup>2014</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>2015</sup> A propos de l'idée que le débiteur répond du comportement de son auxiliaire comme du sien propre, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>2016</sup> Concernant la portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur, cf. le paragraphe II.2.4.3., p. 205, N 597 ss.

<sup>2017</sup> BaK-WIEGAND, N 18 *ad* art. 101 CO.

<sup>2018</sup> Sur l'avis de doctrine selon lequel l'art. 101 al. 1 CO fonctionne d'ores et déjà comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment N 1124 s.

teur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement<sup>2019</sup>.

1160. L'absence d'implications matérielles selon la construction législative choisie permet d'expliquer la présence même de fluctuations quant à la conception de l'art. 101 al. 1 CO dans la **jurisprudence** récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité. On peut, en effet, imaginer que, si le résultat juridique (d'un point de vue matériel) n'avait pas été identique suivant que l'on considère la disposition comme une norme d'imputation ou comme une norme de responsabilité au sens strict, la Haute Cour aurait accordé plus d'importance à la construction législative adoptée à l'art. 101 al. 1 CO et aurait évité de se mettre parfois dans une optique et parfois dans l'autre.

1161. *Mutatis mutandis*, les **considérations qui précèdent paraissent également pertinentes** par rapport au fait que la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers diffère dans les réglementations des codifications supranationales récentes et en droit interne suisse<sup>2020</sup>. Ainsi, l'existence de deux conceptions différentes peut avoir pour effet de compliquer la comparaison entre les premières et le deuxième. Par contre, cette divergence d'approche n'implique pas nécessairement de différences de contenu, parce qu'on peut atteindre les mêmes résultats pratiques par chacune des deux solutions de technique législative : sous l'angle matériel, seules sont déterminantes les conditions auxquelles on soumet l'obligation du débiteur de réparer le préjudice résultant du fait d'une tierce personne<sup>2021</sup>.

### 2.3.4. La construction législative préférable *de lege ferenda*

1162. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (IV.2.3.3., N 1155 ss), compte tenu des conditions auxquelles on soumet l'obligation du débiteur de réparer le préjudice résultant du fait d'un tiers, la responsabilité du débiteur est, sous l'angle matériel, exactement la même que l'on considère l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme de responsabilité au sens strict ou une norme d'imputation. Par contre, **sous l'angle formel**, le système juridique y gagnerait en simplicité, en souplesse et en élégance si l'art. 101 al. 1 CO n'était qu'une norme d'imputation, et cela pour trois raisons au moins.

1163. Premièrement, pour se libérer de la responsabilité prévue par l'art. 101 al. 1 CO, le débiteur doit prouver qu'il n'aurait pas été tenu pour responsable,

<sup>2019</sup> A propos du but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>2020</sup> S'agissant d'une comparaison de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe IV.2.3.2., p. 416, N 1152 ss.

<sup>2021</sup> Pour une comparaison de la preuve libératoire à la disposition du débiteur avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe II.2.4.2., p. 184, N 538 ss.

s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>2022</sup>. Cette preuve libératoire est de nature fonctionnelle, dans le sens qu'elle tient, avant tout, compte de la fonction, du rôle, de l'art. 101 al. 1 CO dans le système bipartite de responsabilité du débiteur mis en place par le législateur suisse<sup>2023</sup>. Elle relève de la causalité: le débiteur établit que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance du dommage subi par le créancier, puisqu'il n'aurait pas dû répondre de ce préjudice s'il avait eu le même comportement que son auxiliaire (raisonnement hypothétique de causalité adéquate)<sup>2024</sup>. Dès lors, en conformité avec la fonction de l'art. 101 al. 1 CO<sup>2025</sup>, la preuve libératoire admise par cette disposition ne pose **pas d'exigences matérielles précises**<sup>2026</sup>: celles-ci dépendent du contenu matériel de la preuve libératoire à la disposition du débiteur pour ses propres agissements<sup>2027</sup>.

1164. Il en résulte **un régime relativement complexe** dans lequel la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO est une preuve à contenu matériel variable, suivant que la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute du débiteur en conformité avec l'art. 97 al. 1 CO<sup>2028</sup>, n'exige qu'une faute qualifiée (dol ou faute grave selon les art. 193 al. 2 et 248 al. 1 CO; *diligentia quam in suis* d'après l'art. 538 al. 1 CO)<sup>2029</sup> ou est indépendante de toute faute (subjective) du débiteur (art. 208 al. 2 deuxième phrase CO, art. 447 al. 1 et 448 al. 1 CO, art. 14 al. 1 et 15 al. 1 LVF, art. 487 al. 1 CO, art. 488 al. 3 CO, art. 490 al. 1 CO)<sup>2030</sup>.

1165. Cette complexité du système **n'existerait pas si l'art. 101 al. 1 CO n'était qu'une norme d'imputation**, se limitant à attribuer au débiteur l'acte préjudiciable aux intérêts du créancier accompli par l'auxiliaire du premier, de

---

<sup>2022</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>2023</sup> A propos de la nature fonctionnelle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 448.

<sup>2024</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le sous-chapitre II.2.3., p. 176, N 516 ss.

<sup>2025</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>2026</sup> A propos de l'absence d'exigences matérielles précises de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 449.

<sup>2027</sup> Pour l'importance du contenu matériel de la preuve libératoire à la disposition du débiteur pour ses propres agissements, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 450.

<sup>2028</sup> Sur la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur présuppose une faute, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 451.

<sup>2029</sup> Sur la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur présuppose une faute qualifiée, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 453.

<sup>2030</sup> Sur la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO lorsque la responsabilité du débiteur ne présuppose pas de faute, cf. le paragraphe II.2.1.2., notamment N 452.

sorte que, d'un point de vue juridique, l'on fait comme si le débiteur avait tenu le comportement de son auxiliaire<sup>2031</sup>, conformément au principe « qui facit per alium facit per se » (celui qui agit à travers autrui agit lui-même)<sup>2032</sup>.

1166. Deuxièmement, en tant que norme de responsabilité au sens strict, l'art. 101 al. 1 CO fonde, à certaines conditions, la responsabilité du débiteur, c'est-à-dire l'obligation pour ce dernier de réparer le dommage résultant des actes de ses auxiliaires<sup>2033</sup>. La disposition ne prend en compte les agissements de ces derniers qu'en vue de cet effet juridique, alors que les actes en question peuvent avoir un impact sur la responsabilité du débiteur même à un stade du raisonnement postérieur à celui de la détermination du chef de responsabilité. En particulier, le comportement des auxiliaires joue **un rôle également en matière de fixation et de réduction de l'indemnité** en vertu des art. 43 et 44 CO – dispositions qui s'appliquent par analogie à la responsabilité pour inexécution au sens large d'une obligation conformément à l'art. 99 al. 3 CO<sup>2034</sup> – ce pour quoi une norme d'imputation est mieux adaptée.

**Exemple 1:** L'art. 43 al. 1 CO fait référence à la « gravité de la faute »<sup>2035</sup>. Pour apprécier celle-ci, lorsque la responsabilité du débiteur n'est pas fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, mais sur l'art. 101 al. 1 CO, il est sans importance que le débiteur n'ait pas commis de faute<sup>2036</sup>. Seule compte alors la faute hypothétique du débiteur, c'est-à-dire la faute que ce dernier aurait commise s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire<sup>2037</sup>. Autrement dit, pour appliquer l'art. 43 al. 1 CO dans un cas de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO, il faut et il suffit d'une règle de droit qui impute au débiteur l'acte préjudiciable aux intérêts du créancier accompli par l'auxiliaire du premier.

**Exemple 2:** L'art. 44 al. 1 CO prend en considération les « faits dont [la partie lésée] est responsable »<sup>2038</sup>. Au nombre de ces circonstances, appartient non seulement le comportement du lésé lui-même, mais également celui de l'auxiliaire de ce dernier au sens de l'art. 101 al. 1 CO<sup>2039</sup>. Ici également, l'application de l'art. 44 al. 1 CO nécessite uniquement une norme d'imputation qui attribue

<sup>2031</sup> Cf. l'ATF 119/1993 II 127, notamment consid. 4a, p. 130, et consid. 4c, p. 131, JdT 1994 I 298, 302 s.

<sup>2032</sup> Cf. PICHONNAZ/KUONEN, *intérêts*, p. 17.

<sup>2033</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>2034</sup> A propos de l'art. 99 al. 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 405.

<sup>2035</sup> En allemand, « Grösse des Verschuldens » ; en italien, « gravità della colpa ».

<sup>2036</sup> ATF 82/1956 II 525, consid. 6, p. 534, JdT 1956 I 239, 246 ; ainsi que le paragraphe II.2.1.1., notamment N 443.

<sup>2037</sup> Sur le critère de la faute hypothétique, cf. le paragraphe II.2.2.1., notamment N 456.

<sup>2038</sup> En allemand, « Umstände, für die [der Geschädigte] eintreten muss » ; en italien, « circostanze, per le quali [il danneggiato] è responsabile ».

<sup>2039</sup> ATF 130/2004 III 591, consid. 5.2, p. 601.



à la partie lésée le fait de son auxiliaire, de sorte que, d'un point de vue juridique, ce fait est traité comme s'il était celui du lésé<sup>2040</sup>. Nul besoin, en revanche, que l'art. 101 al. 1 CO soit une norme de responsabilité au sens strict.

1167. Troisièmement, la transformation de l'art. 101 al. 1 CO en une norme d'imputation est **conforme au but même de cette règle de droit**, qui est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement<sup>2041</sup>.

1168. Ce qui précède montre que, *de lege ferenda*, le système légal mis en place dans la partie générale du Code des obligations pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations serait **non seulement plus simple, mais également plus souple et élégant**, si l'on transformait l'art. 101 al. 1 CO en une norme d'imputation d'un point de vue formel aussi<sup>2042</sup>. Cette modification de la disposition en question, comportant les avantages ici mentionnés, peut s'effectuer sans changer le contenu matériel de la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, notamment la sévérité de celle-ci. En effet, comme on l'a vu, *de lege lata* déjà, la responsabilité du débiteur est, sous l'angle matériel, exactement la même que l'on considère l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme de responsabilité au sens strict ou une norme d'imputation.

1169. En revanche, la transformation de l'art. 101 al. 1 CO proposée nécessite **une intervention du législateur fédéral**, étant donné que le texte actuel de la loi donne la forte impression que la disposition n'est pas une norme d'imputation, mais une norme de responsabilité au sens strict<sup>2043</sup>. Il paraît notamment inopportun d'y procéder par une interprétation *contra legem* dans le cadre de la résolution d'un litige, puisque le sort du différend ne peut pas dépendre de la modification envisagée, du fait qu'il n'est pas proposé de modifier le contenu matériel de la responsabilité du débiteur pour le fait de ses auxiliaires.

1170. On notera, enfin, que le fait que l'art. 101 al. 1 CO soit une norme de responsabilité au sens strict offre, néanmoins, un avantage : le champ d'application de la disposition est alors clairement délimité, car celle-ci ne s'applique directement qu'aux prétentions en réparation du préjudice résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation. En dehors de ce cadre, l'art. 101 al. 1 CO n'est applicable que par analogie, pourvu qu'une application par analogie se justifie. Or, si une norme de responsabilité au sens strict est nécessairement

---

<sup>2040</sup> Cf. l'ATF 130/2004 III 591, consid. 5.5.1 avec réf. ; 125/1999 III 223, consid. 6b, p. 224, et consid. 6c.

<sup>2041</sup> A propos du but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>2042</sup> Sur l'avis de doctrine selon lequel l'art. 101 al. 1 CO fonctionne d'ores et déjà comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment N 1124 s.

<sup>2043</sup> S'agissant de la conception de l'art. 101 al. 1 CO d'après le texte légal, cf. le paragraphe IV.2.2.3., p. 409, N 1136 ss.

une norme de responsabilité au sens large<sup>2044</sup>, une norme d'imputation peut ne pas concerner la réparation d'un préjudice ou, tout en s'appliquant aussi en ce domaine, avoir un champ d'application plus ample<sup>2045</sup>. Dès lors, si l'on voulait transformer l'art. 101 al. 1 CO en une norme d'imputation, il faudrait prendre le soin de **limiter clairement le champ d'application directe de la disposition** aux effets de l'inexécution (au sens large) des obligations, seule problématique dont traite de manière générale le deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations<sup>2046</sup>. En particulier, il faudrait éviter que la qualité d'auxiliaire implique, *per se*, celle de représentant du débiteur, telle que, *mutatis mutandis*, la qualité d'organe vis-à-vis de la personne morale selon l'art. 55 al. 2 CC<sup>2047</sup>.

### 2.3.5. Une manière nouvelle d'aborder la responsabilité du débiteur

1171. Lors de la comparaison entre le droit interne suisse et les réglementations des codifications supranationales récentes en matière de preuve libératoire à la disposition du débiteur (II.2.4.2., N 538 ss), il est apparu que les résultats d'une étude de la Convention peuvent plus facilement avoir une influence sur le droit interne suisse en matière commerciale, que dans d'autres domaines et de manière générale<sup>2048</sup>. Malgré ce constat général, il y a une caractéristique de la réglementation de la Convention qui pourrait influencer la théorie générale du droit des obligations suisse : il s'agit de **la manière dont la question de la responsabilité du débiteur a été abordée**.

1172. En effet, les systèmes qui dans les Principes d'UNIDROIT et dans les Principes européens traitent des conséquences de l'inexécution (au sens large) des obligations s'apparentent à celui de la Convention<sup>2049</sup>. En cette matière, les réglementations des Principes n'infirmes pas celle de la Convention, mais plutôt la confirment<sup>2050</sup>. En particulier, la question de la responsabilité du débiteur

---

<sup>2044</sup> Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens large », cf. l'introduction du chapitre IV.2., notamment N 1091.

<sup>2045</sup> Concernant le champ d'application potentiel des normes d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.C., p. 396, N 1112 s.

<sup>2046</sup> Sur les art. 97 à 109 CO, cf. l'Introduction, notamment N 5.

<sup>2047</sup> A propos de l'art. 55 al. 2 CC en tant que norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2.B., notamment N 1111.

<sup>2048</sup> Pour l'influence des résultats d'une étude de la Convention sur le droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2.G., notamment N 596.

<sup>2049</sup> Sur la similarité des systèmes traitant de l'inexécution dans les Principes avec celui de la Convention, cf. l'introduction du chapitre III.1., notamment N 628.

<sup>2050</sup> A propos de la concordance des réglementations des Principes avec la solution de la Convention, cf. le paragraphe III.2.1.3.A., notamment N 893.

y est abordée de la même manière que dans la Convention. Comme les solutions adoptées concordent bien que les champs d'application de ces réglementations diffèrent<sup>2051</sup>, on doit admettre que le système (commun) réglant la responsabilité du débiteur a une **vocation générale** qui dépasse potentiellement les limites posées par les champs d'application respectifs<sup>2052</sup>.

A. *La perspective apparaissant à la lecture du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations*

1173. En matière de responsabilité du débiteur, **le législateur suisse a mis l'accent sur l'idée d'une responsabilité pour faute**. Toute une série de choix formels l'indique<sup>2053</sup>. Le système bipartite du droit interne suisse lui-même<sup>2054</sup> s'explique par la volonté de centrer la responsabilité du débiteur sur la faute de ce dernier. Toutefois, cette notion ne rendant pas compte de toutes les circonstances dans lesquelles une inexécution au sens large d'une obligation doit être imputée au débiteur, le législateur a adopté d'autres normes de responsabilité au sens strict qui complètent le système<sup>2055</sup>. C'est pourquoi notamment le Code des obligations prévoit, en plus de l'art. 97 al. 1 CO, l'art. 101 al. 1 CO<sup>2056</sup>.

1174. Néanmoins, l'art. 97 al. 1 CO est au premier plan et l'art. 101 al. 1 CO au second. La systématique du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations donne, de la sorte, **l'impression que le législateur fédéral est parti de l'idée que**, en général, le débiteur est choisi par le créancier pour ses compétences personnelles, exécute personnellement son obligation et ne délègue l'accomplissement de la prestation due à ses auxiliaires qu'exceptionnellement.

B. *Critique d'un système centré sur la faute du débiteur*

1175. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent (IV.2.3.5.A., N 1173 s.), le deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations laisse croire que le législateur fédéral est parti de l'idée que, en général, le débiteur est choisi par le créancier pour ses compétences personnelles, exécute personnellement

---

<sup>2051</sup> Sur la manière différente dans laquelle les Principes définissent leurs champs d'application respectifs, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.1., notamment N 883.

<sup>2052</sup> S'agissant de la Convention et des Principes en tant qu'ensemble cohérent de normes, cf. le paragraphe III.2.1.3., p. 311, N 890 ss.

<sup>2053</sup> A propos des choix formels indiquant que le législateur suisse a mis l'accent sur l'idée d'une responsabilité pour faute, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 579.

<sup>2054</sup> Sur le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 7.

<sup>2055</sup> A propos de la nécessité d'adopter d'autres normes de responsabilité au sens strict complétant le système, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 580.

<sup>2056</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO complétant la responsabilité prévue par l'art. 97 al. 1 CO, cf. l'introduction du sous-chapitre IV.2.2., notamment N 1115.

son obligation et ne délègue l'accomplissement de la prestation due à ses auxiliaires qu'exceptionnellement. Or, une telle conception n'apparaît pas à l'**analyse du chapitre premier du titre deuxième du Code des obligations**, qui traite « [d]e l'exécution des obligations »<sup>2057</sup> et où le législateur s'est placé dans l'optique de la bonne exécution des obligations. En particulier, selon l'art. 68 CO, « le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même. » Cette règle s'applique en présence d'une « obligation personnelle qualifiée »<sup>2058</sup>. En dehors de cette hypothèse, soit dans la très grande majorité des cas, le débiteur peut faire appel à une ou plusieurs tierces personnes pour fournir la prestation due<sup>2059</sup>, ce que l'art. 68 CO présume.

1176. Dès lors, **l'on peut douter que le législateur suisse ait voulu retenir en tout point** un modèle d'exécution des obligations selon lequel celles-ci sont en général exécutées par le débiteur lui-même et où ce dernier délègue la charge de l'accomplissement de la prestation due à des auxiliaires uniquement de façon exceptionnelle.

1177. Surtout, indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure le législateur historique a voulu le consacrer, **un modèle centré sur la figure du débiteur n'est, en pratique, plus d'actualité.**

1178. En effet, le plus souvent, dans la société occidentale actuelle, le débiteur lui-même ne joue pas de rôle central en matière d'exécution des obligations. De nos jours, l'accomplissement de la prestation due relève plutôt du **bon fonctionnement d'une organisation mise en place à l'avance** sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les agissements personnels du débiteur et ceux de ses auxiliaires<sup>2060</sup>.

1179. Même, ces derniers sont de plus en plus présents dans les processus par lesquels les biens et les services sont fournis. Leur présence est avant tout bénéfique : sans le partage du travail, il ne serait, très souvent, tout simplement pas possible de fournir la prestation promise, ou tout au moins pas avec la même qualité, ou pas au même prix, ou pas au moment souhaité, etc.<sup>2061</sup>. Dans le contexte économique et social actuel, l'on peut s'attendre à ce que statistiquement, lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, elle le soit **plus fréquemment pour le fait d'un tiers** que pour le propre fait du débiteur<sup>2062</sup>.

<sup>2057</sup> En allemand, « Die Erfüllung der Obligationen » ; en italien, « Dell'adempimento delle obbligazioni ».

<sup>2058</sup> TERCIER, *obligations*, N 931.

<sup>2059</sup> Cf., par exemple, BaK-LEU, N 1 *ad* art. 68 CO, et WEBER 1, N 4 *ad* art. 68 CO.

<sup>2060</sup> A propos de l'importance de la division du travail pour l'économie contemporaine, cf. l'Introduction, notamment N 13.

<sup>2061</sup> Sur le fait que le créancier également profite de la participation d'un auxiliaire dans l'accomplissement de la prestation due, cf. le paragraphe II.1.3.1.A., notamment N 358.

<sup>2062</sup> Dans le même sens BaK-WIEGAND, N 1 *ad* art. 101 CO.

1180. En outre, lors de l'exécution d'une obligation, les actes du débiteur et ceux de ses auxiliaires s'imbriquent, de nos jours, de manière toujours plus complexe, de sorte qu'il devient même de plus en plus difficile de distinguer si, le cas échéant, l'inexécution au sens large de l'obligation résulte des actions ou omissions du débiteur lui-même ou des auxiliaires de ce dernier. Ainsi, en droit pénal, le législateur fédéral a notamment adopté les art. 28 et 102 CP pour tenir compte de l'impossibilité dans certaines situations de déterminer *a posteriori* l'identité des personnes physiques qui ont effectivement agi<sup>2063</sup>. En droit des obligations, cette imbrication de plus en plus forte entre agissements du débiteur et des auxiliaires de celui-ci se reflète notamment dans une certaine tendance pragmatique de la part du Tribunal fédéral à **ne plus distinguer formellement** entre l'application de l'art. 97 al. 1 CO et celle de l'art. 101 al. 1 CO.

**Exemple 1 :** Dans l'ATF 122/1996 III 106, le Tribunal fédéral condamne les défenderesses (des sociétés ayant vendu des voitures) à réparer le dommage subi par la demanderesse (l'acheteuse) à la suite de la mauvaise exécution d'obligations contractuelles accessoires. D'une part, l'obligation d'expédier la marchandise (en l'espèce, des automobiles) à l'acheteuse a été imparfaitement exécutée, parce que les commissionnaires-expéditeurs mandatés par les venderesses ont transporté une partie des voitures avec une indication fautive du destinataire. Les défenderesses répondent de cette erreur de leurs auxiliaires conformément à l'art. 101 al. 1 CO<sup>2064</sup>. D'autre part, l'obligation de veiller à ce que les lettres de voiture fussent correctement émises (et d'en faire parvenir sans délai les duplicatas à l'acheteuse) a été imparfaitement exécutée, puisque les lettres de voiture ont été en partie émises avec une fautive adresse pour la dernière étape du transport<sup>2065</sup>. Or, la Haute Cour ne détermine pas si cette inexécution au sens large résulte des agissements des venderesses elles-mêmes ou de ceux d'un de leurs nombreux auxiliaires, ni par conséquent si, formellement, leur responsabilité est engagée en vertu de l'art. 97 al. 1 CO ou de l'art. 101 al. 1 CO. De manière pragmatique et matériellement suffisante, le Tribunal fédéral se satisfait du fait que l'émission erronée des lettres de voiture est de toute façon imputable aux venderesses, sans recourir à la distinction formelle entre agissements du débiteur et agissements des auxiliaires de ce dernier que pourtant le système bipartite du droit interne suisse comporte. Ainsi, en résumant, il affirme simplement que les défenderesses ont « imparfaitement exécuté leurs obligations contractuelles »<sup>2066</sup>, alors qu'il est établi qu'en tout cas une des deux inexécutions au sens large, voire les deux, résulte des agissements de leurs auxiliaires, et non de leur propre comportement.

**Exemple 2 :** Dans l'ATF 124/1997 III 155, le Tribunal fédéral condamne la défenderesse (une société active en tant qu'intermédiaire dans des opérations à

---

<sup>2063</sup> Sur les art. 28 et 102 CP, cf l'Introduction, notamment N 15.

<sup>2064</sup> «Für dieses Fehlverhalten ihrer Erfüllungsgehilfen hatten die Beklagten nach dem Gesagten gemäss Art. 101 Abs. 1 OR» (ATF 122/1996 III 106, consid. 5b, p. 109 ; traduit au JdT 1997 I 98, 101).

<sup>2065</sup> ATF 122/1996 III 106, consid. 5b, JdT 1997 I 98, 102.

<sup>2066</sup> ATF 122/1996 III 106, consid. 5c, JdT 1997 I 98, 102.

terme sur marchandises et valeurs boursières) à réparer le dommage subi par le demandeur (un client) à la suite de l'inexécution au sens large de l'obligation de conseil et d'information liant celle-là à ce dernier<sup>2067</sup>. Or, la Haute Cour ne spécifie pas si ce manquement résulte des agissements du mandataire lui-même ou de ceux de sa collaboratrice directement en charge du client. Il est possible que l'inexécution ait été causée par les deux, étant donné que, d'une part, les documents écrits ne procuraient pas une information suffisante et que, d'autre part, la collaboratrice du mandataire n'a pas comblé ce manque par des conseils et informations professionnels et qualifiés<sup>2068</sup>. Qu'elle puisse résulter des agissements des deux est également suggéré par le fait que, lorsqu'il analyse la portée des clauses d'exclusion préalable de responsabilité, le Tribunal fédéral applique tant l'art. 100 al. 1 que l'art. 101 al. 2 CO<sup>2069</sup>. Quoiqu'il en soit, il n'en reste pas moins que, comme dans l'arrêt précédemment mentionné, notre Haute Cour se satisfait du fait que, matériellement, l'omission d'informer est de toute manière imputable au mandataire et elle ne détermine pas si, formellement, la responsabilité de celui-ci est engagée en vertu de l'art. 97 al. 1 CO, de l'art. 101 al. 1 CO ou, le cas échéant, concurremment sur les deux bases légales.

1181. Par ailleurs, si le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence moins récente, a toujours considéré l'art. 101 al. 1 CO comme étant une norme de responsabilité au sens strict<sup>2070</sup> (conformément à ce que le texte de la loi indique<sup>2071</sup>), dans sa jurisprudence récente il traite la disposition en question une fois comme une norme de responsabilité au sens strict et une autre fois comme une norme d'imputation<sup>2072</sup>. Cette sorte d'érosion de la conception classique concernant l'art. 101 al. 1 CO, qu'on remarque également en doctrine<sup>2073</sup>, témoigne indirectement de l'affaiblissement de la distinction formelle entre agissements du débiteur et des auxiliaires de ce dernier que le système bipartite du droit interne suisse comporte<sup>2074</sup>, et en même temps **d'un certain détachement, sous l'angle formel, du système lui-même**, que le législateur suisse adopta au début du siècle dernier. Cet affaiblissement est d'autant plus significatif qu'il semble

<sup>2067</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3a, JdT 1999 I 125, 132 s.

<sup>2068</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3a, p. 163, JdT 1999 I 125, 133.

<sup>2069</sup> ATF 124/1997 III 155, consid. 3c, p. 165, JdT 1999 I 125, 134 s.

<sup>2070</sup> S'agissant de la conception historique de l'art. 101 al. 1 CO dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité, cf. le paragraphe IV.2.2.2.A., p. 403, N 1128 ss. Pour ce qu'on entend par « norme de responsabilité au sens strict », cf. l'introduction du chapitre IV.2., N 1092.

<sup>2071</sup> Concernant la conception de l'art. 101 al. 1 CO d'après le texte légal, cf. le paragraphe IV.2.2.3., p. 409, N 1136 ss.

<sup>2072</sup> Pour les fluctuations dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité sur la conception de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.2.2.C., p. 406, N 1134 s. Pour une définition de la norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.1.2., notamment N 1105.

<sup>2073</sup> S'agissant de la conception nouvelle de l'art. 101 al. 1 CO en doctrine, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., p. 400, N 1121 ss.

<sup>2074</sup> Sur le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'introduction, notamment N 7.

survenir même par rapport à des problématiques pour lesquelles la distinction entre le fait du débiteur lui-même et celui des auxiliaires de ce dernier a, *de lege lata*, des enjeux matériels, comme en matière de clauses exonératoires de la responsabilité du débiteur<sup>2075</sup>.

1182. Surtout, **il se justifie de s'éloigner d'un système bipartite de responsabilité** fondé sur la distinction entre les propres agissements du débiteur et ceux des auxiliaires de ce dernier. Par exemple, l'absence de symétrie entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO, qui permet au débiteur d'exclure ou de limiter par avance sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres actes, mérite d'être supprimée<sup>2076</sup>. De même, les compétences personnelles du débiteur sont, de nos jours, rarement déterminantes pour savoir quelle est la diligence que le créancier est en droit d'attendre de la part de celui-la<sup>2077</sup>. En particulier, lorsqu'un débiteur s'oblige à fournir une prestation en tant que professionnel et qu'il n'est pas « tenu d'exécuter personnellement son obligation » au sens de l'art. 68 CO<sup>2078</sup>, le créancier a raison de comprendre l'engagement de l'autre dans le sens que la dette sera pour le moins exécutée avec une diligence correspondant objectivement au standard qui est admis généralement dans les échanges commerciaux et en particulier dans la branche professionnelle à laquelle le débiteur appartient, outre qu'avec la diligence dont ce dernier est subjectivement capable<sup>2079</sup>. Ainsi, ce ne sont pas nécessairement les compétences personnelles des organes d'une société à but lucratif (souvent des administrateurs professionnels ou des commerciaux) qui fixent la mesure de la diligence qu'un créancier est droit d'attendre de la personne morale pour les prestations fournies par celle-ci<sup>2080</sup>.

1183. De même, *de lege ferenda*, il est **souhaitable de transformer l'art. 101 al. 1 CO en une norme d'imputation** d'un point de vue formel aussi<sup>2081</sup>.

1184. **En résumé**, un modèle centré sur la figure du débiteur est intéressant si, de manière générale, le débiteur joue personnellement un rôle central en

---

<sup>2075</sup> Pour l'analyse d'un arrêt dans lequel le Tribunal fédéral ne détermine pas si l'inexécution est due au fait du débiteur ou d'auxiliaires en matière de clauses exonératoires de responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.4.A., notamment N 415.

<sup>2076</sup> S'agissant d'une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.

<sup>2077</sup> Concernant le degré de la diligence due, cf. le paragraphe II.2.2.2., p. 156, N 461 ss.

<sup>2078</sup> Sur les deux indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.C., notamment N 482.

<sup>2079</sup> Sur l'accord prévoyant une diligence objective et minimale, cf. le paragraphe II.2.2.2.B., notamment N 471.

<sup>2080</sup> Cf. notamment CR-THÉVENOZ, N 29 *ad* art. 101 CO avec réf.

<sup>2081</sup> Sur l'avis de doctrine selon lequel l'art. 101 al. 1 CO fonctionne d'ores et déjà comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment N 1124 s. Concernant le caractère souhaitable de la transformation de l'art. 101 al. 1 CO en norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.3.4., p. 422, N 1162 ss.

matière d'exécution des obligations. Or, cela n'est pas la règle dans la société occidentale contemporaine. De même, un système focalisé sur la faute du débiteur, système qui concrétise un tel modèle centré sur la figure de celui-ci, est plus adapté à une réalité dans laquelle le débiteur lui-même tient effectivement un rôle principal en matière d'accomplissement de la prestation due. En schématisant, l'on peut dire qu'un tel système est **plus adapté à une réalité fondamentalement artisanale** qu'à la société occidentale actuelle.<sup>2082</sup>

1185. Les modèles économiques et sociaux ont changé: si traditionnellement un tiers intervenait dans l'exécution de l'obligation du débiteur sur délégation de ce dernier, désormais il y participe, peut-être de manière complètement anonyme, parce qu'il fait partie de la structure qui a été organisée pour accomplir la prestation due. On est passé **d'un modèle de délégation à un modèle d'organisation** de l'exécution des obligations.

1186. Le système bipartite du droit interne suisse, qui s'explique par la volonté de centrer la responsabilité du débiteur sur la faute de ce dernier<sup>2083</sup> et qui ne prend pas en compte ces nouveaux paradigmes socio-économiques, **prête donc le flanc à la critique**.

1187. Mais encore, l'approche casuistique retenue par le législateur fédéral en matière de responsabilité du débiteur, se limitant à distinguer entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait (art. 97 al. 1 CO) et celle pour le fait d'autrui (art. 101 al. 1 CO)<sup>2084</sup>, ne vaut que pour des personnes. Elle est limitante et se traduit par un système de responsabilité **peu évolutif**<sup>2085</sup>.

1188. En particulier, savoir **quelle est la responsabilité du débiteur pour les animaux ou pour les machines** auxquels ce dernier fait appel dans l'exécution de son obligation est controversé. Les dispositions générales du Code des obligations n'offrent pas de réponse claire. Il est certain que l'art. 101 al. 1 CO n'est alors pas applicable directement<sup>2086</sup>. Mais la question se pose de savoir si cette disposition peut s'appliquer par analogie.

1189. Pour répondre à cette interrogation, il est opportun de rappeler la raison d'être de l'art. 101 al. 1 CO. Par l'adoption de cette disposition, le législateur suisse a fait en sorte que le débiteur ne puisse pas diminuer les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un tiers pour exécuter son obliga-

<sup>2082</sup> Je renonce à évoquer les développements accomplis en matière délictuelle conduisant à des constats similaires.

<sup>2083</sup> A propos de l'explication du système bipartite du droit interne suisse par la volonté de centrer la responsabilité du débiteur sur la faute, cf. le paragraphe IV.2.3.5.A., notamment N 1173.

<sup>2084</sup> Sur l'approche casuistique du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 8.

<sup>2085</sup> Sur le caractère peu évolutif du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 22.

<sup>2086</sup> WEBER 2, N 41 *ad* art. 101 CO; BaK-WIEGAND, N 9 *ad* art. 101 CO; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3019.



tion<sup>2087</sup>. Autrement dit, l'art. 101 al. 1 CO a pour but de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à une tierce personne mais s'en était occupé personnellement<sup>2088</sup>. Ces fondements de la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires sont tout aussi pertinents lorsque ce dernier a recours à des animaux ou à des machines dans le cadre de l'accomplissement de la prestation due. Il n'existe pas de raisons valables pour lesquelles ce genre de recours devrait permettre au débiteur de limiter les occasions d'engager sa responsabilité. A notre avis, il faut, par conséquent, admettre la possibilité **d'appliquer alors l'art. 101 al. 1 CO par analogie**<sup>2089</sup>.

1190. Dans le cadre de cette application analogique, de la même manière qu'il est sans importance que l'auxiliaire du débiteur ait violé les instructions reçues dans l'optique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO<sup>2090</sup>, **le débiteur ne doit pas pouvoir s'exonérer** de sa responsabilité en prouvant que l'animal ou la machine a opéré contrairement aux ordres qu'il lui avait impartis ou aux commandes qu'il avait actionnées. Il est également sans pertinence que le débiteur ne pouvait pas prévoir que l'animal ou la machine lui causerait du tort ou qu'on ne puisse pas lui faire le reproche d'y avoir eu recours<sup>2091</sup>; ou que l'animal ou la machine possède des capacités ou des compétences techniques qu'il n'a pas lui-même<sup>2092</sup>.

**Exemple 3 :** Après avoir préparé un magnifique gâteau, un pâtissier prend sa voiture pour le livrer au domicile de l'acheteur, comme convenu. Peu après le départ, il appuie sur la pédale des freins, qui ne répondent pas, bien qu'il les aient faits contrôler récemment. Dans l'accident qui s'ensuit, la pâtisserie est détruite. Si la non-livraison du gâteau cause un dommage à l'acheteur, le pâtissier ne pourra pas se libérer de sa responsabilité pour inexécution en démontrant que les freins n'ont pas fonctionné bien qu'il les ait dûment entretenus.

1191. Cependant, en matière de responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires, on satisfait le sentiment de la justice si le système est tel que la situation juridique du débiteur qui se sert d'une tierce personne pour accomplir la prestation due n'est ni pire ni meilleure que ce qu'elle serait si celui-là ne faisait pas

---

<sup>2087</sup> Sur l'art. 101 al. 1 CO en tant que règle de droit permettant d'éviter que le débiteur diminue les occasions d'engager sa responsabilité, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 383.

<sup>2088</sup> Sur le but de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>2089</sup> Dans le même sens SPIRO, § 48, p. 209 ss.

<sup>2090</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire a violé les instructions reçues par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 445.

<sup>2091</sup> A propos de l'absence de pertinence du fait que le débiteur n'a pas commis de faute par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 443.

<sup>2092</sup> Sur l'absence de pertinence du fait que l'auxiliaire possède des compétences supérieures à celles du débiteur par rapport à la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.2.3.B., notamment N 501.

intervenir le tiers dans le processus d'exécution mais s'exécutait personnellement. S'il ne faut pas que le débiteur exploite au plan de la responsabilité le fait qu'il a délégué l'exécution de son obligation, en tout ou en partie, à une tierce personne, il ne faut pas non plus que le créancier en profite dans le sens que le débiteur répondrait d'un acte du tiers qui toutefois n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même.<sup>2093</sup> **Cette limite doit valoir, *mutatis mutandis***, également en matière de responsabilité du débiteur pour ses animaux et pour ses machines.

1192. Ainsi, sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, seul est déterminant le fait de savoir si le débiteur aurait été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait<sup>2094</sup>. Par cette preuve, le débiteur établit que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance du dommage subi par le créancier, puisqu'il n'aurait pas dû répondre de ce préjudice s'il avait eu le même comportement que son auxiliaire (raisonnement hypothétique de causalité adéquate)<sup>2095</sup>. De manière similaire, en matière de responsabilité pour ses animaux et pour ses machines, **le débiteur doit pouvoir s'exonérer** en établissant que le choix qui lui est imputable d'avoir eu recours à un animal ou à une machine pour accomplir la prestation due n'est pas une cause pertinente en droit de la survenance de l'inexécution au sens large, puisque celle-ci relève en réalité d'une cause externe, indépendante de la structure qu'il a mise en place (personnellement ou par l'intermédiaire d'un auxiliaire) pour s'exécuter.

1193. Le plus souvent, le débiteur apportera cette preuve en démontrant que l'inexécution est due, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, à **un empêchement hors de sa sphère d'influence**, à l'image de ce qui est prévu par l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE<sup>2096</sup>. Il existe, en effet, un lien logique, et pratique, entre l'exonération en vertu de ces dispositions et l'idée d'interruption de la causalité pertinente (adéquate)<sup>2097</sup>.

<sup>2093</sup> A propos de la limite de la responsabilité du débiteur pour des auxiliaires selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., notamment N 384.

<sup>2094</sup> Sur le critère général selon lequel on juge de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.1.1., notamment N 447.

<sup>2095</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO en général, cf. le paragraphe II.2.3.1., p. 176, N 517 ss.

<sup>2096</sup> S'agissant de l'exonération en vertu de l'art. 79 CVIM, cf. le sous-chapitre I.1.3., p. 49, N 138 ss. Concernant l'exonération en vertu des art. 7.1.7 PU, 8:101 al. 2 et 8:108 PE, cf. le sous-chapitre III.1.4., p. 269, N 776 ss. Pour une comparaison de la preuve libératoire à la disposition du débiteur avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe II.2.4.2., p. 184, N 538 ss.

<sup>2097</sup> A propos du lien entre la causalité pertinente de l'art. 80 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.1.3.B., notamment N 87. Sur le lien entre la causalité

**Exemple 4 :** Les serveurs informatiques d'une banque tombent en panne, raison pour laquelle les transactions bancaires convenues avec des clients sont retardées. Il est établi que la panne a été causée par une perturbation magnétique imprévisible, qui a affecté les ordinateurs de tout le quartier dans lequel se trouvent les serveurs. En principe, la banque répond alors du dommage que les clients ont subi du fait du retard. Mais elle doit être exonérée de sa responsabilité puisque le retard est dû à un empêchement hors de sa sphère d'influence.

1194. Le thème de la preuve libératoire ici proposée présente, en outre, l'avantage qu'il ne **contraint pas le débiteur à dévoiler son propre fonctionnement interne** afin de prouver qu'aucune faute, ni subjective ni objective, n'a été commise, au risque de devoir choisir entre se défendre et taire des éléments qui doivent rester secrets pour des raisons de sécurité ou commerciales. Elle permet au débiteur de se libérer en démontrant l'existence d'une cause externe, indépendante de la structure mise en place par lui-même ou par ses auxiliaires pour exécuter ses obligations et valant empêchement hors de sa sphère d'influence, raison pour laquelle l'inexécution ne résulte, en définitive, pas de circonstances qui lui sont imputables.

1195. **La situation juridique est similaire** à celle mise en évidence en matière de responsabilité du débiteur pour un auxiliaire incapable de discernement. Dans ce contexte également, le débiteur peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que l'incapacité de discernement de l'auxiliaire ne relève pas de la personne de celui-ci, mais d'une cause externe, indépendante de la structure qu'il a mise en place (personnellement ou par l'intermédiaire d'un autre auxiliaire) pour s'exécuter. Il a alors intérêt, car plus simple et plus efficace, à essayer d'établir que l'incapacité de discernement et l'inexécution au sens large qui en est résultée sont dues, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, à un empêchement hors de sa sphère d'influence.<sup>2098</sup>

1196. Ce parallélisme entre responsabilité du débiteur pour un auxiliaire incapable de discernement et responsabilité du débiteur pour ses animaux et pour ses machines est particulièrement intéressant, parce que ces responsabilités sont indépendantes de toute capacité de discernement. Le débiteur répond quand bien même l'auteur (au sens large : auxiliaire, animal ou machine) de l'inexécution est incapable de discernement et, par conséquent, ne peut même

---

lité pertinente de l'art. 77 phr. 2 CVIM et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 79 al. 1 et 2 CVIM, cf. le paragraphe I.1.2.2.D., notamment N 128. A propos du lien entre la causalité pertinente en matière de déchéance des droits du créancier selon les art. 7.1.2 et 7.4.7 PU ou les 8:101 al. 3 et 9:504 PE et la réalisation des conditions matérielles de l'art. 7.1.7 par. 1 PU ou de l'art. 8:108 al. 1 PE, cf. le paragraphe III.1.2.3.B., notamment N 692.

<sup>2098</sup> Concernant la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui lorsque l'auxiliaire est incapable de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C, p. 172, N 509 ss.

pas commettre de faute<sup>2099</sup>. Elles **forment une responsabilité du débiteur du fait de l'organisation**<sup>2100</sup>.

1197. D'ailleurs, la responsabilité du débiteur prévue par l'art. 101 al. 1 CO est, en soi, indépendante de toute faute<sup>2101</sup>. **La preuve libératoire mise en évidence** en matière de responsabilité du débiteur pour un auxiliaire incapable de discernement, pour ses animaux ou pour ses machines **pourrait être généralisée**.

### C. *Opportunité de la perspective choisie dans les codifications supranationales récentes*

1198. L'analyse conduite dans le paragraphe précédent a mis en évidence que le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, distinguant entre les agissements personnels du débiteur et ceux de ses auxiliaires et mettant l'accent sur la figure du débiteur et la faute de ce dernier, est critiquable (IV.2.3.5.B., N 1175 ss). Or, la Convention, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens se caractérisent par le fait que le régime qui régleme la réparation du préjudice résultant de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur est unique, dans le sens **qu'un seul et même régime s'applique**, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>2102</sup>.

1199. Ces régimes uniques de responsabilité s'appliquent que l'inexécution résulte **des agissements du débiteur lui-même ou de ceux du tiers** qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là<sup>2103</sup>. De même, la ligne de partage entre les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas est prévue par une norme générale et unique : l'art. 79 al. 1 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et, respectivement, l'art. 8:108 al. 1 PE. Ces dispositions ne reposent notamment pas sur une distinction entre les cas dans lesquels l'inexécution au sens large a été causée par

<sup>2099</sup> Pour le fait que le débiteur peut répondre des agissements de son auxiliaire même si ce dernier est incapable de discernement, cf. le paragraphe II.2.2.3.C., notamment N 509.

<sup>2100</sup> Sur l'idée d'une responsabilité du débiteur du fait de l'organisation en droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 574 ss

<sup>2101</sup> Sur le fait que la responsabilité du débiteur selon l'art. 101 al. 1 CO est indépendante de toute faute subjective, cf. le paragraphe II.2.4.2.C., notamment N 542.

<sup>2102</sup> A propos de l'unité du régime de responsabilité prévu par la Convention, cf. l'introduction du sous-chapitre I.2.1., notamment N 239. Sur l'unité du régime de responsabilité en tant que caractéristique des réglementations des Principes, cf. l'introduction du sous-chapitre III.2.2., notamment N 912.

<sup>2103</sup> Sur l'application des art. 74 à 77 CVIM indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. l'introduction du sous-chapitre I.1.2., notamment N 100. Sur l'application du régime de responsabilité prévu par les Principes indifféremment de la personne qui cause l'inexécution, cf. le paragraphe III.1.1.3.A., notamment N 656.

les propres agissements du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un tiers dont le comportement est imputable à celui-là<sup>2104</sup>. Aussi, ni la figure du débiteur, ni la faute de ce dernier n'y sont centrales.

1200. En outre, n'ayant pas adopté d'approche casuistique telle que celle retenue par le législateur fédéral, les régimes uniques des codifications supranationales récentes **appréhendent sans difficulté des problématiques émergentes** pour lesquelles le droit interne suisse est mal adapté<sup>2105</sup>, comme par exemple la question de la responsabilité du débiteur pour ses machines<sup>2106</sup>. L'on ne saurait négliger l'importance grandissante de cette hypothèse de responsabilité, notamment dans les domaines industriels et télématiques. A cet égard, mais aussi de façon général, le thème de la preuve libératoire à la disposition du débiteur selon les textes supranationaux présente, en plus, l'avantage qu'il ne contraint pas le débiteur à dévoiler son propre fonctionnement interne, au risque de devoir choisir entre se défendre et taire des éléments qui doivent rester secrets pour des raisons de sécurité ou commerciales<sup>2107</sup>.

1201. Il en résulte que **ces régimes uniques de responsabilité ne sont pas affaibli** par la perte de pertinence de la différenciation entre les situations dans lesquelles l'inexécution au sens large résulte des propres agissements du débiteur et celles dans lesquelles elle relève du comportement d'un tiers<sup>2108</sup>, ni par l'affaiblissement de la centralité de la figure du débiteur<sup>2109</sup>, parce qu'ils ne s'appuient pas sur ces éléments.

1202. Autrement dit, s'agissant de la manière dont la question de la responsabilité du débiteur a été abordée, les régimes uniques des codifications supranationales récentes sont mieux adaptés à la société occidentale actuelle que le système bipartite du droit interne suisse<sup>2110</sup>. Le droit suisse y **gagnerait en**

---

<sup>2104</sup> A propos de l'art. 79 al. 1 CVIM en tant que norme générale et unique déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas, cf. le paragraphe I.2.2.1.B., notamment N 280. Sur les art. 7.1.7 par. 1 PU et 8:108 al. 1 PE en tant que normes générales et uniques déterminant les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas, cf. le paragraphe III.1.4.3.D., notamment N 852.

<sup>2105</sup> Sur le caractère peu évolutif du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 22. A propos de la responsabilité du fait de l'organisation prévue par la Convention, cf. le paragraphe II.2.4.2.E, notamment N 557.

<sup>2106</sup> Pour la responsabilité du débiteur pour ses machines selon le droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1188 ss.

<sup>2107</sup> A propos de la préférence pour le thème de la preuve libératoire à la disposition du débiteur selon les codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1194.

<sup>2108</sup> Sur l'affaiblissement de la distinction formelle entre agissements du débiteur et des auxiliaires de ce dernier, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1180 s.

<sup>2109</sup> A propos de l'affaiblissement de la centralité de la figure du débiteur, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1178 s.

<sup>2110</sup> Sur le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 7.

**actualité, pragmatisme et vraisemblablement fonctionnalité**, si le législateur fédéral renonçait de manière générale à la distinction formelle entre les cas dans lesquels l'inexécution au sens large a été causée par les propres agissements du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un auxiliaire, à l'image des codifications supranationales récentes. A la place du système bipartite, l'on prévoirait, parmi les dispositions générales du Code des obligations, un régime unique de responsabilité, qui soit apte à fonder la responsabilité du débiteur pour les actions ou omissions de celui-ci, pour le fait d'autrui et pour les autres faits qui sont imputables au débiteur (en particulier, animaux<sup>2111</sup> ou machines) parce qu'ils relèvent de la structure qui a été mise en place par le débiteur ou par des auxiliaires de ce dernier pour accomplir la prestation due (idée d'une responsabilité du fait de l'organisation).

1203. Dans un tel régime unique, susceptible notamment de s'appliquer que l'inexécution résulte des actes du débiteur lui-même ou de ceux d'un auxiliaire, **l'art. 101 al. 1 CO** ne serait plus une norme de responsabilité au sens strict. Il devrait être **transformé en une norme d'imputation** (d'un point de vue formel aussi<sup>2112</sup>), ce qui est souhaitable en soi<sup>2113</sup>. Il ne s'agirait plus que d'une règle de droit qui attribue, de manière générale, au débiteur l'acte préjudiciable aux intérêts du créancier accompli par le tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations de celui-là de par la volonté de celui-là, à l'image de l'art. 8:107 PE<sup>2114</sup>.

1204. Sous l'angle de l'étendue de la responsabilité du débiteur, les conséquences matérielles des changements formels proposés ici seraient beaucoup moindres que ce qu'on pourrait croire à première vue. En effet, lors de la comparaison entre le droit interne suisse et les réglementations des codifications supranationales récentes en matière de preuve libératoire à la disposition du débiteur, l'on a vu que les deux systèmes adoptés, respectivement, par le législateur suisse (au début du siècle dernier) et par les auteurs de la Convention (beaucoup plus récemment) pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations ne sont certes pas identiques<sup>2115</sup>. Toutefois, *de lege lata* déjà, sous l'angle du contenu matériel, la responsabilité prévue par la Convention et celle

<sup>2111</sup> Pour la responsabilité du débiteur pour ses animaux selon le droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1188 ss.

<sup>2112</sup> Sur l'avis de doctrine selon lequel l'art. 101 al. 1 CO fonctionne d'ores et déjà comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment N 1124 s.

<sup>2113</sup> Concernant le caractère souhaitable de la transformation de l'art. 101 al. 1 CO en norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.3.4., p. 422, N 1162 ss.

<sup>2114</sup> Pour une comparaison de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe IV.2.3.2., p. 416, N 1152 ss.

<sup>2115</sup> Sur le fait que les régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse ne sont pas identiques, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 585.

du Code des obligations sont semblables<sup>2116</sup>. Dès lors, tout rapprochement formel de la part du droit interne suisse avec les réglementations de la Convention et des Principes, où la question de la responsabilité du débiteur est abordée de la même manière que dans la Convention<sup>2117</sup>, **ne peut pas modifier considérablement l'étendue de la responsabilité** du débiteur actuellement prévue par les dispositions générales du Code des obligations.

---

<sup>2116</sup> A propos de la similitude des régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 586.

<sup>2117</sup> Sur la manière identique dans laquelle la question de la responsabilité du débiteur est abordée dans la Convention et dans les Principes, cf. le paragraphe IV.2.3.5., notamment N 1172.

## Conclusion

1205. Les art. 97 à 109 CO, qui régissent les effets de l'inexécution au sens large des obligations, datent de l'adoption du Code des obligations, en 1911. Seul l'état de fait de l'art. 101 al. 1 CO a été légèrement modifié en 1971<sup>2118</sup>. Presque centenaires, ces dispositions sont **critiquables** à plusieurs égards.

1206. **En particulier, l'art. 101 CO, sur lequel nous avons mis l'accent dans le cadre du présent ouvrage<sup>2119</sup>, prête le flanc à la critique.**

1207. Ainsi, **l'art. 101 al. 2 et 3 CO prévoit des règles de droit dépassées**, parce qu'il permet au débiteur d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires plus largement que ce qu'il le peut pour ses propres actes en vertu de l'art. 100 CO. Cette absence de symétrie entre l'art. 100 et l'art. 101 al. 2 et 3 CO est contestée, à raison, depuis longtemps en doctrine. Les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont proposé de l'abandonner. De même, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens ne prévoient aucune distinction en matière de validité des clauses exonératoires de responsabilité selon que l'inexécution au sens large est due aux agissements du débiteur lui-même ou de ses auxiliaires. Enfin, bien qu'il n'ait pas directement remis en question l'absence de symétrie des art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO, le Tribunal fédéral semble retenir de moins en moins l'application de cette deuxième disposition et a, semble-t-il, préparé le terrain pour mettre fin à cette absence de symétrie.<sup>2120</sup>

1208. En matière de conventions libérant d'avance le débiteur de sa responsabilité, **il se justifie de ne plus différencier** entre la responsabilité du débiteur pour son propre fait et celle pour le fait d'autrui. L'art. 100 al. 1 CO devrait être généralisé et s'appliquer sans distinction selon les causes pour lesquelles l'inexécution au sens large est imputable au débiteur, en particulier indépendamment de ce que celle-ci soit due aux agissements personnels de ce dernier ou à ceux d'auxiliaires. De même, il faudrait prévoir dans une règle unique les limites de la liberté contractuelle pour des clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité pour inexécution lorsque le créancier occupe une position de dépendance vis-à-vis du débiteur au moment de conclure la convention, en s'inspirant de l'art. 100 al. 2 CO. Sans vouloir s'écarter inutilement de la teneur actuelle de cette disposition, nous proposons néanmoins que cette nouvelle règle ne retienne plus de pouvoir d'appréciation du juge, mais dispose, même s'agissant de faute contractuelle légère, une nullité *ex lege* par souci de sécurité

---

<sup>2118</sup> Sur les modifications rédactionnelles apportées à l'état de fait de l'art. 101 al. 1 CO en 1971, cf. le paragraphe IV.2.3.1., notamment N 1150.

<sup>2119</sup> Sur l'intention de mettre l'accent, dans les parties de l'étude consacrées à l'analyse du droit interne suisse, sur les éléments caractéristiques de l'art. 101 al. 1 CO, cf. l'Introduction, notamment N 36.

<sup>2120</sup> Pour une critique de l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. le paragraphe II.1.4.4., p. 137, N 407 ss.



du droit. En effet, d'ores et déjà, ce pouvoir d'appréciation est en pratique exercé avec une très grande sévérité à l'égard du débiteur et est plus nominal qu'effectif, car la jurisprudence a, toujours ou presque toujours, tenu pour nulle la clause contractuelle dont il s'agissait d'évaluer la validité au regard de l'art. 100 al. 2 CO actuel. Les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont, d'ailleurs, préconisé les mêmes règles de droit, tout en les justifiant différemment.<sup>2121</sup>

1209. **L'art. 101 al. 1 CO** est aussi discutable : il constitue une norme de responsabilité au sens strict, destinée et apte à fonder la responsabilité du débiteur pour des tiers<sup>2122</sup>, alors qu'**une simple norme d'imputation serait préférable**, à l'image de l'art. 8:107 PE<sup>2123</sup>. Le système légal y gagnerait en simplicité, en souplesse et en élégance.<sup>2124</sup>

1210. La transformation de l'art. 101 al. 1 CO en norme d'imputation **ne perturberait pas le régime légal**. En effet, *de lege lata*, doctrine et jurisprudence ont réussi à interpréter la disposition actuelle de sorte que la responsabilité du débiteur soit, sous l'angle matériel, exactement la même que l'on traite l'art. 101 al. 1 CO comme une norme de responsabilité au sens strict ou une norme d'imputation : indépendamment de la conception choisie, les conditions matérielles auxquelles on soumet l'obligation du débiteur de réparer le préjudice résultant du fait d'un auxiliaire sont les mêmes<sup>2125</sup>.

1211. En particulier, pris à la lettre, l'art. 101 al. 1 CO instaure une responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui sans preuve libératoire. Toutefois, l'opinion consacrée s'accorde pour dire que le débiteur peut s'exonérer de cette responsabilité en prouvant qu'**il n'aurait pas été tenu pour responsable, s'il avait agi lui-même comme son auxiliaire l'a fait**<sup>2126</sup>. En soi, la preuve libératoire admise par l'art. 101 al. 1 CO relève de la causalité : le débiteur établit que le choix qui lui est imputable d'avoir fait appel à une tierce personne pour fournir la prestation due n'est pas une cause pertinente de la survenance du dommage subi par le créancier, puisqu'il n'aurait pas dû répondre de ce préjudice s'il

---

<sup>2121</sup> S'agissant des indications pour des nouvelles règles de droit en matière de clauses exonératoires de la responsabilité pour inexécution, cf. le paragraphe II.1.4.4.B., p. 142, N 420 ss.

<sup>2122</sup> Pour une synthèse de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.3.1., notamment N 1151.

<sup>2123</sup> Pour une comparaison de la construction législative par laquelle le débiteur répond pour des tiers avec les réglementations des codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe IV.2.3.2., p. 416, N 1152 ss.

<sup>2124</sup> Concernant le caractère souhaitable de la transformation de l'art. 101 al. 1 CO en norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.3.4., p. 422, N 1162 ss.

<sup>2125</sup> S'agissant de la coexistence de deux conceptions de l'art. 101 al. 1 CO sans implications matérielles, cf. le paragraphe IV.2.3.3., p. 418, N 1155 ss.

<sup>2126</sup> Pour une synthèse de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.2.4.1., p. 180, N 527 ss.

avait eu le même comportement que son auxiliaire (raisonnement hypothétique de causalité adéquate)<sup>2127</sup>. Mais elle assure aussi la cohérence du système légal en créant une correspondance entre la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui et la responsabilité du débiteur pour son fait personnel, régie en général par l'art. 97 al. 1 CO.

1212. C'est surtout grâce à ce grand travail d'interprétation effectué par les auteurs et les tribunaux que l'application de l'art. 101 al. 1 CO conduit à des résultats satisfaisants du point de vue matériel<sup>2128</sup>. Une partie importante de la doctrine a raison d'affirmer que, d'ores et déjà, l'art. 101 al. 1 CO fonctionne, **sous l'angle du contenu, de la même façon qu'une norme d'imputation**<sup>2129</sup>, ce qui est d'ailleurs conforme à la finalité même de cette règle de droit<sup>2130</sup>. Le but de l'art. 101 al. 1 CO est celui de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un tiers mais s'en était occupé personnellement<sup>2131</sup>.

1213. La manière dont doctrine et jurisprudence interprètent l'art. 101 al. 1 CO, notamment l'admission d'une preuve libératoire non écrite, a pour corollaire notable que **la distinction, parfois difficile, entre organe et auxiliaire est largement superflue** en matière de responsabilité de la personne morale résultant de l'inexécution d'une obligation. La correspondance entre la responsabilité du débiteur pour ses organes et pour ses auxiliaires sera vraisemblablement parfaite le jour où le droit interne suisse aura su supprimer l'absence de symétrie entre l'art. 100 CO et l'art. 101 al. 2 et 3 CO<sup>2132, 2133</sup>.

1214. De la même façon que l'art. 101 CO a largement profité du travail interprétatif consacré dans l'oeuvre doctrinale et la pratique jurisprudentielle, celles-ci ont également eu des **retombées positives sur le système bipartite de responsabilité du débiteur** mis en place par le droit interne suisse.

1215. Par exemple, la doctrine majoritaire soutenant de manière convaincante que le créancier qui n'a pas obtenu tout ce qui lui est dû doit pouvoir, à certaines conditions, résoudre le rapport d'obligations indépendamment de la

<sup>2127</sup> Concernant la nature juridique de la preuve libératoire de l'art. 101 al. 1 CO, cf. le sous-chapitre II.2.3., p. 176, N 516 ss.

<sup>2128</sup> Dans le même sens CR-THÉVENOZ/WERRO, N 3 *ad* introduction générale.

<sup>2129</sup> Sur l'avis de doctrine selon lequel l'art. 101 al. 1 CO fonctionne d'ores et déjà comme une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.1.B., notamment N 1124 s.

<sup>2130</sup> A propos de la conformité avec le but de l'art. 101 al. 1 CO de la transformation de cette disposition en une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.3.4., notamment N 1167.

<sup>2131</sup> Pour une synthèse de la raison d'être de la responsabilité du débiteur pour des tiers selon l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe II.1.4.1., p. 126, N 374 ss.

<sup>2132</sup> Pour nos conclusions concernant l'art. 101 al. 2 et 3 CO, cf. *supra*, notamment N 1207.

<sup>2133</sup> Concernant la portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur, cf. le paragraphe II.2.4.3., p. 205, N 597 ss.

cause de l'inexécution au sens large<sup>2134</sup>, il est possible et il se justifie de comprendre les art. 97 à 109 CO comme **les manifestations d'un régime plus général** que celui exprimé par le législateur **et fondamentalement unique**. Ainsi, il ne faut pas rechercher la cause de la défaillance (demeure, impossibilité subséquente, mauvaise exécution) pour connaître les droits et obligations respectifs du débiteur et du créancier mais il suffit, en principe, de constater l'inexécution au sens large. Les moyens qui s'offrent au créancier du fait de l'inexécution ne dépendent pas tellement de la cause de celle-ci, mais plutôt de son intensité.<sup>2135</sup> Le Tribunal fédéral lui-même définit comme « souhaitable » l'harmonisation des conséquences juridiques de l'inexécution au sens large des obligations<sup>2136</sup> et tend à interpréter les dispositions sur les effets de l'inexécution de façon à maintenir l'unité du régime sanctionnant celle-ci<sup>2137</sup>.

1216. Cette unité du régime garantit **une certaine harmonie du droit interne suisse avec** la Convention, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens, qui se caractérisent par le fait que le régime qui régleme la réparation du préjudice résultant de l'inexécution au sens large d'une des obligations du débiteur est unique: dans ces codifications supranationales, un seul et même régime s'applique, indépendamment de la source et de la nature de l'obligation inexécutée, du type de prestation due, de la cause, la forme, le moment et la gravité de l'inexécution<sup>2138</sup>.

1217. En définitive, **le versement de l'intérêt moratoire** lors de l'inexécution d'une dette d'argent **constitue la seule et véritable exception** de ces régimes fondamentalement uniques (art. 104 et 105 CO, 78 CVIM, 7.4.9 PU et 9:508 PE). Il en résulte que, par rapport aux conséquences de l'inexécution au sens large des obligations, la distinction fondamentale (notamment concernant les effets prévus par les dispositions générales du Code des obligations) ne s'établit pas entre demeure d'un côté, impossibilité subséquente et mauvaise exécution de l'autre, mais entre inexécution d'une dette d'argent ou d'une obligation d'une autre nature.<sup>2139</sup>

---

<sup>2134</sup> Concernant le droit pour le créancier de se départir du contrat, cf. le paragraphe IV.1.3.5.C., p. 363 ss, N 1043 ss.

<sup>2135</sup> S'agissant d'une synthèse de l'unité du système sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.1., p. 369, N 1056 ss.

<sup>2136</sup> ATF 122/1996 III 53, consid. 4c, p. 57, JdT 1996 I 590, 594.

<sup>2137</sup> S'agissant de l'opportunité de maintenir, en général, l'unité du système sanctionnant l'inexécution, cf. le paragraphe IV.1.4.4.A., p. 377, N 1072 ss.

<sup>2138</sup> Pour une comparaison avec les réglementations des codifications supranationales à propos de l'unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations en droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.1.4.2., p. 374, N 1066 ss.

<sup>2139</sup> A propos d'une comparaison avec les réglementations des codifications supranationales sur la nature particulière du versement de l'intérêt moratoire, cf. le paragraphe IV.1.4.2., notamment N 1068.

1218. Par contre, le système de responsabilité retenu dans le deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations est **criticable** sur un des aspects qui le caractérisent le plus, à savoir sur le fait même qu'il soit bipartite. En effet, il distingue, d'une part, le cas dans lequel le préjudice qu'a subi le créancier a été causé par le débiteur lui-même, régi par l'art. 97 al. 1 CO, et, d'autre part, celui dans lequel le préjudice résulte du fait d'un auxiliaire de celui-là, appréhendé par l'art. 101 al. 1 CO. Ce système s'explique par la **volonté de centrer la responsabilité du débiteur sur la faute de ce dernier**. Comme cette notion ne rend pas compte de toutes les circonstances dans lesquelles une inexécution au sens large d'une obligation doit être imputée au débiteur, le législateur a adopté d'autres normes de responsabilité au sens strict qui complètent le système. C'est pourquoi notamment le Code des obligations prévoit, en plus de l'art. 97 al. 1 CO, l'art. 101 al. 1 CO.<sup>2140</sup>

1219. Un système de responsabilité focalisé sur la faute du débiteur concrétise un modèle d'exécution des obligations également centré sur la figure du débiteur. Or, en pratique, ce modèle n'est plus d'actualité. En effet, le plus souvent, dans la société occidentale actuelle, le débiteur lui-même ne joue pas de rôle central dans le processus d'exécution de ses obligations. De nos jours, l'accomplissement de la prestation due relève plutôt du bon fonctionnement d'une organisation mise en place à l'avance sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les agissements personnels du débiteur et ceux de ses auxiliaires. Souvent, il est même très difficile d'effectuer cette distinction en fait. Il en résulte que la différenciation formelle entre le comportement du débiteur et de ses auxiliaires, sur laquelle le système bipartite du droit interne suisse se base, a perdu beaucoup de son intérêt. De même, sous l'angle de la preuve libératoire à la disposition du débiteur, la diligence dont ce dernier est personnellement capable ne correspond pas nécessairement à la diligence qu'il doit dans l'exécution de son obligation. En résumé, ne prenant pas en compte le fait que les modèles économiques et sociaux ont changé, le système bipartite de responsabilité du débiteur du droit national suisse est **mal adapté à la réalité factuelle à laquelle il s'applique**. Réalité où l'on est passé d'un modèle de délégation à un modèle d'organisation de l'exécution des obligations.<sup>2141</sup>

1220. Au lieu du système bipartite, il serait **préférable de prévoir**, parmi les dispositions générales du Code des obligations, **un régime unique de responsabilité**, qui soit apte à fonder la responsabilité du débiteur pour son propre fait, pour les agissements de ses auxiliaires et du fait de l'organisation, à l'image des codifications supranationales récentes. En effet, les régimes uniques de responsabilité prévus par celles-ci s'appliquent que l'inexécution au sens

<sup>2140</sup> Concernant la manière d'aborder la responsabilité du débiteur apparaissant à la lecture du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations, cf. le paragraphe IV.2.3.5.A., p. 427, N 1173 s.

<sup>2141</sup> S'agissant de la faiblesse d'un système centré sur la faute du débiteur, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B, p. 427, N 1175 ss.

large résulte des agissements du débiteur lui-même ou de ceux du tiers qui participe à l'exécution d'une des obligations du débiteur de par la volonté de celui-ci. De même, la ligne de partage entre les causes de l'inexécution qui sont imputables au débiteur et celles qui ne le sont pas est prévue par une norme générale et unique : l'art. 79 al. 1 CVIM, l'art. 7.1.7 par. 1 PU et l'art. 8:108 al. 1 PE. Ces dispositions ne reposent notamment pas sur une distinction entre les cas dans lesquels l'inexécution au sens large a été causée par les agissements propres du débiteur et ceux dans lesquels elle l'a été par les actes d'un tiers dont le comportement est imputable à celui-là. Aussi, ni la figure du débiteur, ni la faute de ce dernier n'y sont centrales. Le droit interne suisse y gagnerait en actualité, pragmatisme et vraisemblablement fonctionnalité, si le législateur fédéral renonçait de manière générale à cette distinction formelle en matière de responsabilité du débiteur. En particulier, un régime unique comme celui des instruments supranationaux étudiés permettrait d'appréhender des problématiques nouvelles pour lesquelles le droit interne suisse est mal adapté<sup>2142</sup>, comme par exemple la question de la responsabilité du débiteur pour ses machines<sup>2143</sup>, dont l'importance est grandissante notamment dans les domaines industriels et télématiques.<sup>2144</sup>

1221. Certains pourraient craindre que la suppression de la référence à la faute du débiteur n'alourdisse la responsabilité de ce dernier. En réalité, les **conséquences matérielles de ce changement de perspective** dans la manière d'aborder la responsabilité du débiteur seraient beaucoup **moindres** que ce qu'on pourrait croire à première vue. En effet, lors de la comparaison entre le droit interne suisse et les réglementations des codifications supranationales récentes en matière de preuve libératoire à la disposition du débiteur, l'on a vu que les deux systèmes adoptés, respectivement, par le législateur suisse (au début du siècle dernier) et par les auteurs de la Convention (beaucoup plus récemment) pour sanctionner l'inexécution au sens large des obligations ne sont pas identiques<sup>2145</sup>. Toutefois, *de lege lata* déjà, sous l'angle du contenu matériel, la responsabilité prévue par la Convention et celle codifiée au chapitre deuxième du titre deuxième du Code des obligations sont semblables<sup>2146</sup>. Cette

<sup>2142</sup> Sur le caractère peu évolutif du système bipartite de responsabilité du débiteur du droit interne suisse, cf. l'Introduction, notamment N 22. A propos de la responsabilité du fait de l'organisation prévue par la Convention, cf. le paragraphe II.2.4.2.E, notamment N 557.

<sup>2143</sup> Pour la responsabilité du débiteur pour ses machines selon le droit interne suisse, cf. le paragraphe IV.2.3.5.B., notamment N 1188 ss.

<sup>2144</sup> Concernant l'opportunité de la manière d'aborder la responsabilité du débiteur choisie dans les codifications supranationales récentes, cf. le paragraphe IV.2.3.5.C., p. 437, N 1198 ss.

<sup>2145</sup> Sur le fait que les régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse ne sont pas identiques, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 585.

<sup>2146</sup> A propos de la similitude des régimes de responsabilité de la Convention et du droit interne suisse, cf. le paragraphe II.2.4.2.F., notamment N 586.

similitude matérielle se confirme, d'ailleurs, sur base empirique : le débiteur qui conteste sa responsabilité en invoquant la preuve libératoire échoue aussi fréquemment lorsque le litige est soumis à l'application de la Convention que lorsque le Code des obligations s'applique<sup>2147</sup>.

1222. En particulier, ni l'art. 101 al. 1 CO, dont on peut s'attendre que l'application soit statistiquement plus fréquente que celle de l'art. 97 al. 1 CO<sup>2148</sup>, ni l'art. 54 al. 1 CO, applicable également en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation<sup>2149</sup>, ne présupposent de faute de la part du débiteur. Dès lors, même si l'idée de faute du débiteur est au cœur du système bipartite du droit interne suisse, la responsabilité du débiteur n'est, au bout du compte, que partiellement une responsabilité pour faute. On en trouve un reflet à l'**art. 119 al. 1 CO**, qui ne parle pas d'absence de faute, mais, plus largement, de « circonstances non imputables au débiteur »<sup>2150</sup>. En plus, une certaine objectivation de la faute du débiteur par les parties au rapport d'obligation est très fréquente<sup>2151</sup>. Néanmoins, le principe selon lequel la faute doit être appréciée selon un critère subjectif garde parfois toute sa pertinence<sup>2152</sup>.

1223. Par conséquent, tout rapprochement formel de la part du droit interne suisse avec les réglementations de la Convention et des Principes, où la question de la responsabilité du débiteur est abordée de la même manière que dans la Convention<sup>2153</sup>, ne **modifierait pas, du moins pas considérablement, l'étendue de la responsabilité** du débiteur actuellement prévue par les dispositions générales du Code des obligations.

1224. Renoncer au critère de la faute du débiteur permettrait également de **réaffirmer l'indépendance de la responsabilité résultant de l'inexécution** (au sens large) d'une obligation par rapport à la responsabilité délictuelle. La responsabilité dite contractuelle a un fondement qui lui est propre et qui la

<sup>2147</sup> Dans le même sens CHAPPUIS, *compatibilité*, p. 333 ; ainsi que CHAPPUIS, *clauses*, p. 291 avec réf. Cf. également le paragraphe II.2.4.2.C., notamment N 544, et le paragraphe II.2.4.2.D., notamment N 550.

<sup>2148</sup> A propos de l'importance pratique de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui, cf. l'Introduction, notamment N 17.

<sup>2149</sup> A propos de l'art. 54 al. 1 CO en matière de responsabilité résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation, cf. le paragraphe II.2.4.2.E., notamment N 565.

<sup>2150</sup> En allemand, « Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat » ; en italien, « circostanze non imputabili al debitore ».

<sup>2151</sup> Concernant la grande fréquence de l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., p. 165, N 487 ss.

<sup>2152</sup> Pour une critique de la doctrine absolutisant l'objectivation de la faute, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 490.

<sup>2153</sup> Sur la manière identique dans laquelle la question de la responsabilité du débiteur est abordée dans la Convention et dans les Principes, cf. le paragraphe IV.2.3.5., notamment N 1172.

distingue de la responsabilité pour acte illicite<sup>2154</sup>. Ainsi, si celle-là se caractérise par le fait que la faute au sens de l'art. 97 al. 1 *in fine* CO est très fréquemment objectivée par les parties au rapport d'obligation, en règle générale il ne se justifie pas d'apprécier selon un critère objectif la négligence au sens de l'art. 41 al. 1 CO. En effet, la responsabilité délictuelle ne présuppose pas l'existence d'un rapport d'obligation préalable entre le lésé et le responsable, ni d'un accord entre ces deux pouvant modifier le critère, en principe subjectif, selon lequel on juge de la faute. De ce point de vue, les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (LRCiv) ont eu raison de défendre la nature intimement subjective de la notion de faute.<sup>2155</sup> De même, l'on ne peut pas affirmer que toute inexécution au sens large d'une obligation est également illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO<sup>2156</sup>.

1225. D'un point de vue historique et comparatiste, la problématique de la **relation entre responsabilité dite contractuelle et responsabilité délictuelle** offre une grande variété de solutions. En particulier, l'idée selon laquelle il faudrait appréhender ces deux formes de responsabilité par un seul et même régime bénéficie d'une longue tradition juridique. Les partisans de cette conception proposent, le plus souvent, de soumettre l'inexécution au sens large des obligations aux dispositions de la responsabilité pour acte illicite.<sup>2157</sup>

1226. L'idée du rapprochement de la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution au sens large d'une obligation à la responsabilité pour acte illicite **apparaît également dans l'historique de l'art. 101 al. 1 CO, à deux reprises**. D'une part, alors que l'art. 115 al. 1 aCO laissait plutôt penser à une norme d'imputation<sup>2158</sup>, l'art. 101 al. 1 CO a clairement pris la forme d'une norme de responsabilité au sens strict dès son adoption en 1911, car le législateur fédéral a voulu que « la forme et le fond du nouvel article 115 [l'art. 101 al. 1 CO actuel] concordent mieux avec les textes qui régissent la responsabilité hors contrat »<sup>2159</sup>, notamment les art. 333 al. 1 CC et 55 al. 1 CO<sup>2160</sup>. D'autre part, à l'occasion de la révision des dispositions régissant le contrat de travail en 1971, le législateur suisse a apporté quelques modifications rédactionnelles à

<sup>2154</sup> A propos des fondements différents de la responsabilité pour inexécution et de la responsabilité délictuelle, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 403.

<sup>2155</sup> Sur la différence entre faute contractuelle et faute délictuelle, cf. le paragraphe II.2.2.2.D., notamment N 491.

<sup>2156</sup> A propos de la différence entre inexécution au sens large d'une obligation et acte illicite, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 406.

<sup>2157</sup> Cf. WINIGER, *architecture*, p. 305 ss.

<sup>2158</sup> A propos du fait que l'art. 115 al. 1 aCO laissait plutôt penser à une norme d'imputation, cf. le paragraphe IV.2.2.3., notamment N 1140.

<sup>2159</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message droit des obligations*, p. 15.

<sup>2160</sup> Sur les raisons des modifications de l'art. 115 al. 1 aCO en adoptant l'art. 101 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.2.2.3., notamment N 1141.

l'état de fait de l'art. 101 al. 1 CO. Il a alors introduit les termes « ou des travailleurs » en lieu et place de « ou des employés », afin d'établir une concordance avec l'art. 55 al. 1 CO, où par la même occasion il a remplacé l'expression « ses commis, employés de bureau et ouvriers » par « ses travailleurs ou ses autres auxiliaires »<sup>2161</sup>.

1227. Or, **ces deux modifications législatives ne convainquent pas**. D'une part, il serait préférable que l'art. 101 al. 1 CO soit une norme d'imputation, plutôt qu'une norme de responsabilité au sens strict<sup>2162</sup>. D'autre part, n'impliquant pas de rapport de subordination entre le débiteur et le tiers, le cercle des auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 1 CO est plus étendu que celui des préposés au sens de l'art. 55 al. 1 CO<sup>2163</sup>. Le rapprochement terminologique de 1971 néglige cette différence et donne plutôt l'impression que le cercle des tiers pour lesquels répond le responsable est semblable dans les deux situations. Potentiellement trompeur, il est, par conséquent, criticable<sup>2164</sup>.

1228. De manière similaire, **la solution choisie à l'art. 42 AP n'est pas convaincante**. Elle est criticable à plusieurs égards, notamment sous l'angle du droit comparé, de l'analyse théorique, de l'opportunité du choix, de la praticabilité ainsi que de la protection du justiciable.<sup>2165</sup>

1229. La réflexion menée dans la présente étude nous a donc convaincu qu'il est **toujours d'actualité de différencier** entre responsabilité résultant de l'inexécution (au sens large) d'une obligation et responsabilité délictuelle.

1230. Ainsi, comme les fondements ne sont pas les mêmes, les similarités qui existent entre la responsabilité dite contractuelle et la responsabilité extra-contractuelle ne sont pas des homologues, mais uniquement des analogies. Ces dernières concernent essentiellement les notions de préjudice et de rapport de causalité, ainsi que les problématiques liées à ces concepts, alors que l'inexécution d'une obligation et la faute contractuelle se distinguent de l'acte illicite et de la faute délictuelle.<sup>2166</sup> Le législateur fédéral a, ainsi, eu raison de prévoir à **l'art. 99 al. 3 CO** une application uniquement « **par analogie** » des « règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites » « aux effets de la faute contractuelle ». En conformité avec les analogies mentionnées, l'art. 99 al. 3 CO concerne essentiellement la causalité, le calcul du dommage, le fixation de

<sup>2161</sup> CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message contrat de travail*, p. 436.

<sup>2162</sup> Pour nos conclusions concernant la construction législative préférable pour l'art. 101 al. 1 CO, cf. *supra*, notamment N 1209.

<sup>2163</sup> Sur le fait que le cercle des auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 1 CO est plus large que celui des préposés au sens de l'art. 55 al. 1 CO, cf. le paragraphe IV.1.4.4.B., notamment N 1086.

<sup>2164</sup> Cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N 5.

<sup>2165</sup> Pour une critique de l'art. 42 AP, cf. le paragraphe IV.1.4.4.B., p. 379, N 1075 ss.

<sup>2166</sup> A propos du fait que les similarités existant entre la responsabilité dite contractuelle et la responsabilité délictuelle ne sont que des analogies, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 404.



l'indemnité, la réparation du tort moral et la solidarité<sup>2167</sup>. La formulation de cette disposition pourrait certes être améliorée<sup>2168</sup>, mais le principe mérite d'être maintenu.

1231. De même, il est **inapproprié de définir la responsabilité contractuelle comme un régime spécial** de responsabilité délictuelle, à l'image des dispositions sur les contrats spéciaux, qui sont, elles, des véritables règles spéciales par rapport aux dispositions générales du droit des contrats<sup>2169</sup>.

1232. Enfin, l'analyse a mis en évidence que **la réglementation prévue aux art. 97 à 109 CO est peu développée**. Etant donné notamment l'importance quantitative et qualitative des nouvelles espèces de contrats (innomés ou mixtes) auxquels les normes de la partie spéciale ne sont pas directement applicables, le législateur fédéral devrait peut-être développer ce chapitre de la partie générale du Code des obligations.<sup>2170</sup>

1233. Les **réglementations des codifications supranationales étudiées sont satisfaisantes**. Elles offrent une synthèse résultant de la confrontation des principales traditions juridiques. Récentes, elles prennent en compte la réalité actuelle des relations économiques mieux que ne le fait le droit interne suisse. Surtout, malgré des champs d'application différents, elles prévoient un système (commun) régissant la responsabilité du débiteur. Ce système a donc une vocation générale, qui dépasse potentiellement les limites posées par les champs d'application de chacun de ces textes internationaux.<sup>2171</sup>

1234. Le droit suisse a contribué à l'élaboration de ces réglementations supranationales. Il serait temps que le législateur fédéral boucle la boucle et **s'inspire de ces textes pour renouveler la réglementation** du deuxième chapitre du titre deuxième du Code des obligations, aussi pour conjurer le risque que le droit suisse des contrats ne perde son traditionnel attrait pour les juristes étrangers, qui le choisissent souvent comme droit applicable<sup>2172</sup>.

---

<sup>2167</sup> Cf., par exemple, WEBER 2, N 152 *ad* art. 99 CO avec réf., et CR-THÉVENOZ, N 13 *ss ad* art. 99 CO avec réf. Cf. également le paragraphe II.1.4.3., notamment N 405.

<sup>2168</sup> Cf. CR-THÉVENOZ, N 13 *ad* art. 99 CO.

<sup>2169</sup> A propos du fait que la responsabilité pour inexécution n'est pas une forme spéciale de responsabilité délictuelle, cf. le paragraphe II.1.4.3., notamment N 406.

<sup>2170</sup> Concernant le caractère peu développé du système sanctionnant l'inexécution au sens large des obligations, cf. le paragraphe IV.1.4.5., p. 384, N 1088 *ss*

<sup>2171</sup> S'agissant de la Convention et des Principes en tant qu'ensemble cohérent de normes, cf. le paragraphe III.2.1.3., p. 311, N 890 *ss*.

<sup>2172</sup> CHAPPUIS, *harmonisation*, p. 192.

## Index des mots-clé

Le présent index contient les renvois aux passages dans lesquels ont été citées ou traitées des notions-clés. Les chiffres renvoient aux numéros marginaux ou aux notes de bas de page (n.).

### A

<b>ACCIDENT</b>	170, 689, 829, 1190
<b>ACTE DU GOUVERNEMENT</b>	170, 174, 831
<b>ACTE ILLICITE</b>	1081
– <i>différence entre ___ et inexécution</i> voir <b>Inexécution</b>	406, 1224
<b>ACTE IMPUTABLE AU CRÉANCIER</b>	77, 685 ss
– <i>___ qui est, en définitive, la seule cause pertinente de l'inexécution</i>	82, 92, 697
– <i>___ qui est, en définitive, une cause pertinente, mais partielle de l'inexécution</i>	83, 93 ss, 699 ss
– <i>___ qui est une cause pertinente de l'inexécution</i>	78 ss, 688
– <i>___ qui n'est, en définitive, pas une cause pertinente de l'inexécution</i>	83, 92, 698
– <i>distinction inutile entre action ou omission</i>	77, 673, 686
– <i>distinction inutile entre fait du créancier ou de son auxiliaire</i> voir <b>Déchéance des droits du créancier, Inexécution</b>	77, 687
<b>ACTE JURIDIQUE UNILATÉRAL</b>	1035
<b>ACTION OU OMISSION</b>	
– <i>distinction inutile entre ___ en matière d'acte imputable au créancier</i>	77, 673, 686
– <i>distinction inutile entre ___ en matière de causalité</i>	1007
– <i>distinction inutile entre ___ en matière d'exonération de la responsabilité du débiteur</i>	169, 828
– <i>distinction inutile entre ___ en matière d'inexécution</i>	100, 713
<b>ALIUD PRO ALIO</b>	968 s.

<b>AMÉNAGEMENT CONTRACTUEL DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR</b>	131 ss, 527 ss, 756 ss
<b>en général</b>	
– ___ <i>prévoyant le même niveau de responsabilité pour les actes du débiteur ou de son auxiliaire</i>	440
– ___ <i>prévoyant deux niveaux de responsabilité différents pour les actes du débiteur ou de son auxiliaire</i>	441, 529 s.
– <i>rapport avec le régime légal</i>	133 ss, 475 ss, 531
– <i>validité</i>	132, 476, 498, 530
<b>en droit interne</b>	
– ___ <i>dérogeant au critère subjectif de la faute</i>	467, 527
– ___ <i>prévoyant la diligence, inférieure, dont l'auxiliaire est personnellement capable</i>	497 s., 529 s.
– ___ <i>prévoyant la diligence, supérieure, dont l'auxiliaire est personnellement capable</i>	503 ss, 531 s.
– ___ <i>prévoyant une diligence objective et minimale</i>	471, 475, 477, 488, 531 s.
– ___ <i>prévoyant une diligence objective, sans égard à la diligence dont le débiteur est personnellement capable</i>	475 s., 529 s.
– ___ <i>prévoyant une diligence supérieure à celle dont le débiteur est personnellement capable</i>	469, 533
– ___ <i>prévoyant une responsabilité indépendante de toute capacité de discernement</i>	514, 567 ss
<b>en droit supranational</b>	
– <i>faisant exception à la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation</i>	560
– <i>innovations des PU et PE en général</i>	757 s.
– <i>voir Clause étendant la responsabilité du débiteur, Clause exonératoire de la responsabilité du débiteur, Indemnité forfaitaire ou clause pénale</i>	
<b>ARGENT</b>	
– <i>nature particulière de l' ___</i>	1014
– <i>voir Dette d'argent, Intérêt moratoire</i>	
<b>ASSUMPSIT</b>	313
– <i>voir Garantie de fournir la prestation</i>	
<b>ATTITUDE PRUDENTE DES AUTEURS DE LA CONVENTION</b>	223
<b>AUXILIAIRE</b>	n. 16, 296, 661 ss
<b>en général</b>	
– ___ <i>de par le fait de faire partie de la structure par laquelle l'obligation doit être exécutée</i>	204

- 
- \_\_\_ du débiteur choisi par le créancier 208, 662
  - \_\_\_ du débiteur qui est l'employé du créancier 377, 380
  - distinction inutile entre organe ou \_\_\_ en matière d'exonération de la responsabilité du débiteur 600
  - distinction inutile entre tiers dépendant ou indépendant en matière d' \_\_\_ 191, 197, 661, 906
  - en pratique, distinction difficile entre les actes du débiteur ou de son \_\_\_ 15, 1180
  - faculté du débiteur de recourir à un \_\_\_ 1115, 1175
  - grande fréquence de la participation d' \_\_\_ s à l'exécution 17, 1179
  - indifférence du rapport juridique liant le débiteur et son auxiliaire 296, 661
  - indifférence, en soi, que le débiteur n'a pas pu éviter de recourir à l'auxiliaire 207
  - indifférence que l'auxiliaire était conscient d'agir en vue de l'exécution d'une obligation du débiteur 206
  - influence du rapport d'obligations sur le cercle des \_\_\_ s du débiteur 102, 296
  - ne présupposant pas de rapport de subordination entre le débiteur et le tiers 196
  - notions d'organe et d' \_\_\_ du débiteur logiquement exclusives 597
  - pas d' \_\_\_ du débiteur avant que l'obligation n'existe 204
  - présupposant l'intervention d'un tiers dans le processus d'exécution d'une obligation du débiteur 201, 296
  - présupposant une intervention du tiers de par la volonté du débiteur 203, 29
  - en droit interne**
  - cercle des \_\_\_ s du débiteur plus étendu que celui des préposés pertinent en matière délictuelle 1086, 1227
  - portée de la distinction entre organe et \_\_\_ du débiteur en matière de responsabilité 601 ss, 1158, 1213
  - en droit supranational**
  - réglementations se complétant mutuellement 661
  - voir *Exécution, Imputation du fait d'autrui, Responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui, Système réglant l'exécution des obligations*

**B**

**BAN D'EXPORTATIONS OU D'IMPORTATIONS**

*voir Acte du Gouvernement*

**BLESSURE**

575

**BONNE FOI**

– « \_\_\_ dans le commerce international »

58, 68, 632

– « exigences de la \_\_\_ »

631 s., 646, 676, 722,  
761, 765, 775, 873,  
877, 904

– « règles de la \_\_\_ »

314, 466, 1038 s.

**BOYCOTT**

*voir Acte du Gouvernement*

**C**

**CAPACITÉ DE DISCERNEMENT**

555

– *limitant l'objectivation de la faute*

556

*voir Faute, Incapacité de discernement, Responsabilité du débiteur du fait de l'organisation*

**CAS FORTUIT**

999

– *demeure du débiteur et \_\_\_*

999 ss

– *fait d'un tiers constituant un \_\_\_*

669

*voir Casus mixtus*

**CASUM SENTIT DOMINUS, CASUS A NULO PRAESTATUR**

294, 1097

**CASUS MIXTUS**

669, 1000

*voir Responsabilité pour le casus mixtus*

**CATASTROPHE NATURELLE**

170, 193, 829

**CAUSALITÉ**

– *absence de \_\_\_ entre l'incapacité de discernement de l'auxiliaire et l'inexécution*

512 ss

– *\_\_\_ entre l'acte imputable au créancier et l'inexécution*

78 ss, 688 ss

– *\_\_\_ entre l'empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur et l'inexécution*

176, 830 s.

– *\_\_\_ entre l'inexécution et le préjudice*

230, 723 ss, 1000 ss

– *\_\_\_ et prévisibilité du préjudice*

596, 726

– *\_\_\_ naturelle*

79, 725, 1006 s.

– *\_\_\_ pertinente en droit*

80, 725, 1001, 1009

- 
- distinction entre \_\_\_ naturelle et \_\_\_ pertinente en droit 521, 725, 1006, 1009, 1011
  - distinction inutile entre action ou omission 1007
  - interruption de la \_\_\_ entre l'inexécution et le préjudice 106, 231, 520, 724, 1005 ss
  - lien entre \_\_\_ naturelle et établissement des faits 521, 1007
  - raisonnement hypothétique de \_\_\_ adéquate 537, 1010, 1163, 1192, 1211
- voir Imputabilité, Responsabilité pour le casus mixtus*
- CHANGEMENT NOTABLE DES CIRCONSTANCES (HARDSHIP)** 806
- rapport avec l'exonération de la responsabilité du débiteur 808 ss, 840
- CLAUSE DE TRANSFERT DE RISQUE** 415 ss, 427
- CLAUSE ÉTENDANT LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR** 774
- rapport avec le régime légal 135
  - validité 775
- voir Aménagement contractuel de la responsabilité du débiteur*
- CLAUSE EXONÉRATOIRE DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR** 763 s.
- en droit interne**
- critique 407 ss, 1207 s.
  - nouvelles règles de droit de lege ferenda 420 ss, 1208
  - règles de droit dépassées de lege lata 408 ss, 1207
  - rupture de la correspondance entre responsabilité du débiteur pour son propre fait et pour le fait d'autrui 407
- en droit supranational**
- différences rédactionnelles n'impliquant pas de divergences de contenu 761 s.
  - rapport avec le régime légal 134
  - réglementations se complétant mutuellement 762, 889
  - validité 759 ss, 765
- voir Aménagement contractuel de la responsabilité du débiteur*
- CLAUSE PÉNALE**
- voir Indemnité forfaitaire ou clause pénale*

<b>COMPORTEMENT DE SUBSTITUTION LICITE</b>	520
<i>voir Raisonement hypothétique</i>	
<b>CONCEPTION FONDAMENTALEMENT ARTISANALE DE L'ÉCONOMIE</b>	10, 379, 408
<b>CONCORDANCE</b>	
– <i>des Principes</i>	882 ss
– <i>des Principes et de la Convention</i>	893 ss
<b>CONCOURS (D' ACTIONS)</b>	67, 674, 1081, 1180
<b>CONFIANCE</b>	
– <i>théorie (ou principe) de la ____</i>	479, 1063
<i>voir Interprétation du contrat</i>	
<b>CONFISCATION</b>	
<i>voir Acte du Gouvernement</i>	
<b>CONTRAT</b>	
– ____ <i>bilatéral imparfait</i>	1036
– ____ <i>parfaitement bilatéral (synallagmatique)</i>	1027, 1036, 1046, 1051, 1053
– <i>réparation du préjudice du créancier qui résulte de la caducité du ____</i>	1028, 1054
– <i>validité du ____</i>	56, 101, 630, 649 s.
<i>voir Rapport d' obligations</i>	
<b>CONTRACTER SANS RÉSERVES</b>	
– <i>événements dont le débiteur qui contracte sans réserves assume le risque de la survenance</i>	178, 836, 841 s.
<i>voir Interprétation du contrat</i>	
<b>CONTRAVENTION AU CONTRAT</b>	
<i>voir Inexécution</i>	
<b>CVIM</b>	55 ss
– <i>application du droit interne</i>	56 s.
– <i>caractère autonome de la réglementation</i>	60
– <i>caractéristiques de la réglementation</i>	235 ss
– <i>caractéristiques de la responsabilité du débiteur</i>	238 ss
– <i>caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui</i>	275 ss
– <i>description de la réglementation</i>	63 ss
– <i>emploi de termes nouveaux</i>	59
– <i>formulation détaillée de la réglementation</i>	240 ss
– <i>formulation détaillée impliquant des répétitions</i>	241, 250
– <i>pertinence des décisions de tribunaux étrangers</i>	61
– <i>possibilité de déroger à la réglementation</i>	65

– utilité d'une formulation détaillée voir <b>PU et PE</b>	241 s.
<b>D</b>	
« <b>DANS LA MESURE OÙ</b> »	71, 93, 696
<b>DÉCHÉANCE DES DROITS DU CRÉANCIER</b>	66 ss, 670 ss
– absence de ___ en cas de force majeure	89, 689 ss, 698
– champ d'application	69 ss, 677 ss
– conditions	76 ss, 683 ss
– ___ et exonération de la responsabilité du débiteur	67, 674 s.
– ___ partielle, en fonction de la pertinence des actes imputables au créancier	93 ss, 699 ss
– ___ totale	92, 697
– effets sur les droits du créancier	92 ss, 695 ss
– effets sur les droits du débiteur	96 s., 703 s.
– fardeau de la preuve	98, 705
– incombance	86
– raison d'être de la ___ voir <b>Acte imputable au créancier, Inexécution</b>	68, 676
<b>DÉCISIONS DE TRIBUNAUX ÉTRANGERS</b>	61, 623
<b>DÉCLARATION D'OPTION DU CRÉANCIER</b>	1063, 1074
<b>DÉFAILLANCE DANS LA PRODUCTION DES MARCHAN- DISES</b>	169
<b>DÉFAUT</b>	973
– garantie en raison des ___s de la chose	967
<b>DÉFAUT DE FABRICATION NON DÉCELABLE</b>	174
<b>DÉFAUT D'ORGANISATION</b> voir <b>Responsabilité du débiteur</b>	169, 576
<b>DEMEURE DU CRÉANCIER</b>	320
<b>DEMEURE DU DÉBITEUR</b>	971
– cas d'impossibilité subséquente limitée au temps	987
– cas d'inexécution au sens large	986
– comparaison des effets de la ___ avec ceux de l'impos- sibilité subséquente et de la mauvaise exécution	991 ss
– conditions	985
– ___ et cas fortuit	999 ss
– ___ et impossibilité réunies dans un même complexe de faits	989



- *en pratique, distinction difficile entre \_\_\_ et impossibilité* 988
- *rapport avec l'exécution tardive* 976
- *voir Inexécution, Se départir du rapport d'obligations pour inexécution*
  
- DETTE D'ARGENT**
- *distinction nécessaire entre inexécution d'une \_\_\_ ou d'une obligation d'autre nature* 1060, 1068, 1217
- *inexécution d'une \_\_\_* 1014 ss
- *voir Argent, Intérêt moratoire*
  
- DETTE LIQUIDE** n. 464
  
- DEVOIR DE LIMITER LE PRÉJUDICE** 123 ss, 672 s., 749 ss
- *analyse d'office* 127
- *contravention au \_\_\_ due à un cas de force majeure* 128
- *effets de la contravention au \_\_\_* 124, 129, 751
- *fardeau de la preuve de la contravention au \_\_\_* 125
- *incombance* 123, 749 s.
- *remboursement des dépenses* 752, 909
- *voir Indemnité due*
  
- DIFFÉRENCE**
- *théorie de la \_\_\_ des prestations* 1063
- *voir Echange*
  
- DILIGENCE DUE** 461 ss
- *détermination par les parties de la \_\_\_* 466 ss, 527 ss
- *\_\_\_ en l'absence d'accord particulier des parties* 462 ss
- *\_\_\_ et compétences personnelles des organes d'une personne morale* 1182
- *influence de la nature particulière de l'affaire sur la \_\_\_* 480 s.
- *nécessitant une interprétation de l'accord des parties au rapport d'obligation* 479
- *voir Aménagement contractuel de la responsabilité du débiteur, Faute*
  
- DIVISION DU TRAVAIL** 13, 1178
- *importance de la \_\_\_ pour l'économie contemporaine* 13
- *profitable au débiteur et au créancier* 358 s., 1179
- *questions juridiques résultant de la \_\_\_* 657, 942
  
- DOMMAGE** 993, 1024
- *\_\_\_ et appauvrissement* n. 1668

– ___ qui serait survenu même sans l'acte contraire au droit voir <i>Préjudice, Raisonnement hypothétique</i>	1006
<b>DOMMAGES-INTÉRÊTS</b> voir <i>Réparation du préjudice du créancier</i>	
<b>DROIT DE CRÉANCE</b>	n. 5
<b>DROIT FORMATEUR</b>	1035, 1062 s.
– principe de l'irrévocabilité des ___s	1074
<b>E</b>	
<b>ECHANGE</b>	
– contrôle des ___	s 170
– rapport d' ___ (synallagmatique)	1036, 1051, 1053, 1073
– théorie de l' ___ des prestations voir <i>Contrat, Différence</i>	1063
<b>EMBARGO</b> voir <i>Acte du Gouvernement</i>	89, 170
<b>EMPÊCHEMENT</b> <b>en général</b>	168, 827
– ___ ayant un caractère externe	169, 828
– ___ initial	100
– ___ hors de la sphère d'influence du débiteur	167 ss, 826 ss
– ___ hors de l'influence du débiteur	170, 829
<b>en droit supranational</b>	
– raisons du choix du terme ___ voir <i>Causalité, Exonération de la responsabilité du débiteur, Obligation d'avertir le créancier de l'empêchement</i>	59, 141
<b>EMPRISONNEMENT</b>	575
<b>ENSEMBLES FACTUELS N'AYANT PAS LA MÊME ÉTEN- DUE</b>	37
<b>EPIDÉMIE</b>	170
<b>EXCLUSION DE RESPONSABILITÉ</b> voir <i>Clause exonératoire de la responsabilité du débiteur</i>	

<b>EXÉCUTION</b>	2
– actualité d'un modèle d'organisation de l' ____	13 ss, 1178 ss
– bénéfiques pour le débiteur et le créancier du fait de la participation d'auxiliaires à l' ____	358 s., 1179
– débiteur plus proche de l' ____ que le créancier	185, 401
– en tant que finalité de l'obligation	1
– fixation au débiteur d'un délai convenable pour l' ____	1030 ss
– modèle de délégation de l' ____	11, 1184
– modèle d'organisation de l' ____	16, 1185
– prééminence de l' ____ in natura	1040, 1057
– présomption que le créancier insatisfait continue de demander l' ____ in natura	1035
– situations exceptionnelles (impossibilité subséquente et mauvaise exécution) voir <b>Division du travail, Inexécution, Prestation, Refus, Renonciation à l'exécution in natura, Responsabilité du débiteur, Système réglant l'exécution des obligations</b>	1032 s., 1041 s., 1058
<b>EXÉCUTION DÉFECTUEUSE</b> voir <b>Mauvaise exécution</b>	
<b>EXÉCUTION TARDIVE</b>	976
– réparation du préjudice du créancier qui résulte de l' ____ voir <b>Mauvaise exécution</b>	992 ss
<b>EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR en général</b>	
– analyse des conditions in concreto	140, 781
– analyse stricte des conditions	139, 780
– application par analogie à la contravention à une incombance	90, 128, 160 s., 693, 815
– caractère relatif de l'analyse des conditions	263, 918
– champ d'application en général	147, 788
– dépendant de ce que les parties au contrat ont convenu	264, 527, 561
– distinction inutile entre action ou omission	169, 828
– distinction inutile entre organe ou auxiliaire	600
– durée de l'effet libératoire de l' ____ sur l'obligation in-exécutée	221, 859 ss
– effet libératoire de l' ____ sur l'obligation inexécutée	219 ss, 858 ss
– effet libératoire partiel de l' ____ sur l'obligation inexécutée	220, 865

- 
- effets de l' \_\_\_\_ sur le rapport d'obligations 225 ss, 866 ss, 1062 s., 1073 s.
  - empêchement hors de la sphère d'influence du débiteur 167 ss, 826 ss
  - en cas de livraison de marchandises défectueuses 148 ss
  - en cas de non-paiement d'une indemnité forfaitaire ou d'une clause pénale 162 s., 816 ss
  - en cas d'inexécution d'une obligation de moyens 155 ss, 552, 789 ss
  - en pratique, grande rareté de l' \_\_\_\_ 166, 588, 822, 1222
  - événements dont le débiteur qui contracte sans réserves assume le risque de la survenance 178, 836, 841 s.
  - \_\_\_\_ et déchéance des droits du créancier 67, 674 s.
  - flexibilité dans l'analyse des conditions 261 ss, 588, 919
  - fardeau de la preuve 233, 311, 878, 997
  - imprévisibilité de l'empêchement 177 ss, 835 ss
  - inévitabilité de l'empêchement 182 s., 844 s.
  - insurmontabilité de l'empêchement 184 ss, 846 s.
  - lien entre imprévisibilité de l'empêchement et caractère externe de celui-ci 178 s., 828
  - lien entre inévitabilité de l'empêchement et caractère hors de la sphère d'influence du débiteur 183, 829
  - lien entre insurmontabilité de l'empêchement et rapport de causalité entre celui-ci et l'inexécution 187, 830
  - moyens sur lesquels se produit l'effet libératoire 222 ss, 862 ss
  - nature exceptionnelle de l' \_\_\_\_ 139, 311, 780
  - portée limitée de l'incapacité de discernement 560, 573
  - préférence pour le thème de la preuve libératoire en droit supranational 1194
  - preuve libératoire à la disposition du débiteur 259 s., 436, 540, 917
  - raison d'être de l' \_\_\_\_ 144 s., 280, 785 s.
  - rapport avec le changement notable des circonstances 808 ss, 840
  - rapport de causalité entre l'empêchement et l'inexécution 176, 830
  - rôle des casuistiques 271
  - sévérité dans l'analyse des conditions 186 s., 266, 544, 550, 587, 920
  - similitude matérielle en droit supranational et droit interne 541 ss
  - sphère d'influence du débiteur comme étalon de l' \_\_\_\_ 281, 583, 833, 923
  - **en droit interne**
  - caractère invasif de la preuve libératoire 23

- *détermination des causes de l'inexécution non imputables au débiteur par plusieurs normes de responsabilité* 580 s., 1115
- en droit supranational** 138 ss, 776 ss
- *analyse des conditions selon un critère objectif* 140, 781
- *caractère non invasif de la preuve libératoire* 1200
- *concordance des réglementations* 778
- *conditions* 164 ss, 819 ss
- *conditions cumulatives* 165, 821
- *détermination des causes de l'inexécution non imputables au débiteur par une norme générale et unique* 280, 852, 913, 1199
- *distinction inutile entre empêchement initial ou subséquent* 168, 648 ss, 795 ss
- *distinction inutile entre empêchement temporaire ou définitif* 227, 868 ss
- *emploi de concepts plutôt indéterminés* 267, 823
- *formulation constante des conditions* 779, 921
- *formulation particulièrement détaillée des conditions* 243 ss, 926
- *formulation résultant d'une série de juxtapositions* 247
- *idée d'une absence de faute objective* 261, 486, 832, 918
- *manque d'intelligibilité immédiate* 267 ss, 824, 928 ss
- *paraphrase des conditions* 251, 820, 922 s.
- *pièce angulaire concernant la réalisation des conditions* 141, 782, 918
- *suppression de l'exigence de l'absence de faute* 255
- *utilité d'une formulation détaillée des conditions* 241 s., 924 ss
- voir Empêchement, Imputabilité, Obligation d'avertir le créancier de l'empêchement, Responsabilité du débiteur*
  
- EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR DU FAIT DE L'ORGANISATION**
- *similitude matérielle en droit supranational et droit interne* 553 ss
- voir Exonération de la responsabilité du débiteur, Responsabilité du débiteur du fait de l'organisation*
  
- EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LE FAIT D'AUTRUI en général**
- *cas du fournisseur et du fabricant* 211 ss
- *champ d'application* 197 ss

- 
- en dehors du champ d'application, analyse selon les principes régissant l'exonération de la responsabilité du débiteur 209
  - en pratique, grande rareté de l' \_\_\_\_ 544
  - \_\_\_\_ et cohérence du système légal 1211
  - explicitation, pour une situation particulière, des principes régissant l'exonération de la responsabilité du débiteur 190 ss, 244
  - explicitation utile sous l'angle de la sécurité du droit 195
  - \_\_\_\_ dépendant de la preuve libératoire du débiteur pour son propre fait 450
  - formulation préférable de la preuve libératoire : centrée sur le débiteur 547, 855 s.
  - indifférence de l'absence de faute subjective de l'auxiliaire 496
  - indifférence de l'absence de faute subjective du débiteur 443
  - indifférence de l'incapacité de discernement de l'auxiliaire 509
  - indifférence du défaut de formation ou d'instructions de l'auxiliaire 499
  - indifférence du for intérieur de l'auxiliaire 502
  - indifférence du rapport juridique liant le débiteur et le créancier 507
  - indifférence du rapport juridique liant le débiteur et son auxiliaire 296, 661
  - indifférence, en principe, des compétences de l'auxiliaire supérieures à celles du débiteur 501
  - indifférence, en principe, d'une faute subjective de l'auxiliaire 502
  - indifférence, en soi, que le débiteur n'a pas pu éviter de recourir à l'auxiliaire 207
  - indifférence que l'auxiliaire a commis une infraction pénale 210
  - indifférence que l'auxiliaire a violé les instructions reçues 210, 445
  - indifférence que l'auxiliaire était conscient d'agir en vue de l'exécution d'une obligation du débiteur 206
  - indifférence que le débiteur a bien choisi, instruit et surveillé l'auxiliaire 210, 444
  - nature juridique de la preuve libératoire en général 517 ss, 537, 1211
  - similitude matérielle en droit supranational et droit interne 542 ss

<b>en droit interne</b>	21, 434 ss, 1211
– absence d'exigences matérielles précises	449
– caractère fonctionnel de la preuve libératoire	448
– critère de la faute hypothétique	456
– critère en général	447, 534
– ___ en général	438 ss
– ___ lorsque l'auxiliaire est incapable de discernement	509 ss
– ___ lorsque l'auxiliaire est incapable de discernement alors que le débiteur l'aurait été aussi	512 ss
– ___ lorsque l'auxiliaire est incapable de discernement alors que le débiteur ne l'aurait pas été	511
– ___ lorsque l'auxiliaire est moins compétent que le débiteur	495 ss
– ___ lorsque l'auxiliaire est plus compétent que le débiteur	500 ss
– ___ lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait ne présuppose pas de faute	452
– ___ lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute	451, 454 ss, 535
– ___ lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute objectivée	478, 536
– ___ lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute qualifiée	453
– ___ lorsque la responsabilité du débiteur pour son propre fait présuppose une faute subjective	465
– formulation de la preuve libératoire centrée sur le débiteur	546
– nature juridique de la preuve libératoire lorsque le débiteur répond pour son propre fait selon l'art.	97 al. 1 CO 523 ss, 537
<b>en droit supranational</b>	189 ss, 848 ss
– concordance des réglementations malgré des formulations différentes	849
– conditions	210, 853 ss
– formulation de la preuve libératoire centrée sur l'auxiliaire	546
voir <b>Exonération de la responsabilité du débiteur, Responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui</b>	
<b>EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LES ANIMAUX</b>	1190 ss
– indifférence de l'absence de faute subjective du débiteur	1190
– indifférence, en principe, des capacités de l'animal supérieures à celles du débiteur	1190

– <i>indifférence que l'animal a opéré contrairement aux ordres reçus</i>	1190
<i>voir Exonération de la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation, Responsabilité du débiteur pour les animaux</i>	
<b>EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LES MACHINES</b>	1190 ss
– <i>indifférence de l'absence de faute subjective du débiteur</i>	1190
– <i>indifférence, en principe, des capacités de la machine supérieures à celles du débiteur</i>	1190
– <i>indifférence que la machine a opéré contrairement aux ordres reçus</i>	1190
<i>voir Exonération de la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation, Responsabilité du débiteur pour les machines</i>	
<b>EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR SON PROPRE FAIT en général</b>	
– <i>en pratique, grande rareté de l' ____</i>	550
– <i>similitude matérielle en droit supranational et droit interne</i>	549 ss
<b>en droit interne</b>	
– <i>____ lorsque la faute a été objectivée</i>	472
<i>voir Exonération de la responsabilité du débiteur, Responsabilité du débiteur pour son propre fait</i>	
<b>EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ POUR LE CASUS MIXTUS</b>	831, 1004
– <i>nature juridique de la preuve libératoire</i>	1005 ss
<i>voir Responsabilité pour le casus mixtus</i>	
<b>EXPROPRIATION</b>	
<i>voir Acte du Gouvernement</i>	
<b>F</b>	
<b>FAITS</b>	
– <i>lien entre causalité naturelle et établissement des ____</i>	521, 1007
<b>FATIGUE</b>	575



**FAUTE**

- critique de la doctrine absolutisant l'objectivation de la \_\_\_ contractuelle 490
- critique d'un système de responsabilité du débiteur centré sur la \_\_\_ de ce dernier 1175 ss
- différence entre \_\_\_ contractuelle et \_\_\_ délictuelle 491, 1224
- distinction entre inexécution et \_\_\_ objective 156, 552, 716
- \_\_\_ contractuelle 463
- \_\_\_ s'ajoutant à une première \_\_\_ 998
- grande fréquence de l'objectivation de la \_\_\_ contractuelle 487 ss, 588, 1222
- indices permettant de reconnaître une certaine objectivation de la \_\_\_ contractuelle 482 ss
- nature foncièrement subjective 464
- nature particulière de la \_\_\_ intentionnelle 468
- nécessité de définir un critère pour juger d'une \_\_\_ objective 262
- objectivation de la \_\_\_ contractuelle 466 ss
- parallélisme entre \_\_\_ de l'auteur et \_\_\_ concomitante de la victime 464
- possibilité pour les parties de déroger à la \_\_\_ subjective 4, 67, 527
- présupposant la capacité de discernement 554
- rareté de l'objectivation de la \_\_\_ délictuelle 491  
voir *Capacité de discernement, Diligence due, Imputabilité*

**FAUTE DITE CONTRACTUELLE**

463

**FERMETURE DES VOIES DE CIRCULATION**

170, 178, 836

voir *Acte du Gouvernement*

**FORCE MAJEURE**

- inexécution due, en définitive, à un cas de \_\_\_ 89, 689 ss, 698
- inexécution due, en définitive, tant à un acte imputable au créancier qu'à un cas de \_\_\_ 85 ss  
voir *Exonération de la responsabilité du débiteur*

**FOUDRE**

170, 1010

voir *Catastrophe naturelle*

**G**

**GARANTIE DE FOURNIR LA PRESTATION (GARANTIE D'UNE BONNE EXÉCUTION)**

68, 256 s., 286, 397

voir *Assumpsit*

**GEL***voir Catastrophe naturelle***GRÈVE** 169, 557, 575, 828 s.**GUERRE** 170**H****HARDSHIP***voir Changement notable des circonstances***I****IGNORANCE DE L'OBLIGATION** 575**IMPOSSIBILITÉ**

- *assimilation malencontreuse de l'\_\_\_ initiale objective à l'illicéité et à la contrariété aux mœurs* 101
  - *comparaison des effets de la demeure du débiteur avec ceux de l'\_\_\_ subséquente et de la mauvaise exécution* 991 ss
  - *en pratique, distinction difficile entre \_\_\_ et demeure du débiteur* 988
  - *effets de l'\_\_\_ subséquente sur le rapport d'obligations* 1063, 1073 s.
  - *\_\_\_ et demeure du débiteur et réunies dans un même complexe de faits* 989
  - *\_\_\_ subjective* 1064
  - *\_\_\_ subséquente* 972
  - *règles spéciales en matière de fin du rapport d'obligations en cas d'\_\_\_ subséquente non imputable au débiteur* 868 ss, 1050
  - *traitement différent de l'\_\_\_ initiale objective en droit supranational et droit interne* 1066
  - ***voir Inexécution, Se départir du rapport d'obligations pour inexécution***
- IMPUTABILITÉ**
- *lien entre exonération de la responsabilité du débiteur et \_\_\_ de l'inexécution* 87, 522, 692, 1193
  - *lien entre exonération de la responsabilité du débiteur et \_\_\_ du préjudice* 128
  - *lien entre exonération de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui et \_\_\_ de l'inexécution* 518 ss, 537
  - *lien entre insurmontabilité de l'empêchement et \_\_\_ de l'inexécution* 187, 830, 846

– renversement du fardeau de la preuve de l' ____ de l'inexécution au débiteur	311
<b>IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION</b>	
<i>voir Déchéance des droits du créancier, Exonération de la responsabilité du débiteur</i>	
<b>IMPUTABILITÉ DU PRÉJUDICE</b>	
<i>voir Devoir de limiter le préjudice</i>	
<b>IMPUTATION</b>	1105
<i>voir Norme d'imputation</i>	
<b>IMPUTATION DE LA CONNAISSANCE D'AUTRUI</b>	287, 949, 953
<b>IMPUTATION DU FAIT D'AUTRUI</b>	
– ____ hors la responsabilité du débiteur	283 ss, 939 ss
– ____ en matière de contravention à une incombance	284, 946, 952
– ____ en matière de responsabilité du débiteur	277 ss, 655 ss, 932 ss
– ____ en matière de validité du contrat	949, 953
<i>voir Qui facit per alium facit per se</i>	
<b>IMPUTATION DU FAIT DE L'ORGANISATION</b>	289, 950, 956
<b>INCAPACITÉ DE DISCERNEMENT</b>	
– absence de causalité entre l' ____ de l'auxiliaire et l'inexécution	512 ss
– ____ et responsabilité du fait de l'organisation	575
– portée limitée de l' ____ en matière d'exonération de la responsabilité du débiteur	560, 573
– responsabilité du débiteur pour son propre fait en cas d' ____	564 ss
<i>voir Capacité de discernement</i>	
<b>INCENDIE</b>	
<i>voir Catastrophe naturelle</i>	
<b>INCOMBANCE</b>	86, 691, 749 s.
<i>voir Déchéances des droits du créancier, Devoir de limiter le préjudice</i>	
<b>INDEMNITÉ DUE</b>	111 ss, 727 ss
– calcul abstrait après la renonciation à l'exécution in natura	118 ss, 744 ss
– calcul concret après la renonciation à l'exécution in natura	115 ss, 740 ss
– causalité et prévisibilité du préjudice	596, 726
– comportement d'un auxiliaire et fixation de l' ____	1166

- *comportement d'un auxiliaire et réduction de l' \_\_\_\_* 1166
- *détermination en équité du montant de l' \_\_\_\_* 734
- *\_\_\_\_ à la suite de la perte d'une chance* 733
- *limitation de l' \_\_\_\_ au préjudice prévisible* 114, 735 ss, 902
- *modalités de la réparation en argent* 754
- *principe de la réparation intégrale* 113, 728 ss
- *règle générale* 112 ss, 728 ss
- *voir Devoir de limiter le préjudice, Réparation du préjudice du créancier*
  
- INDEMNITÉ FORFAITAIRE OU CLAUSE PÉNALE** 767 s.
- *dérogeant à l'exigence d'un préjudice en tant que condition de la réparation* 766
- *exonération du paiement d'une \_\_\_\_* 162 s., 816 ss
- *rapport avec le régime légal* 136 s., 771, 773
- *validité* 763, 766, 769 s., 772
- *voir Aménagement contractuel de la responsabilité du débiteur*
  
- INEXÉCUTION** 3, 107 ss, 633, 711 ss, 962 ss
- **en général**
- *analyse selon un critère objectif et abstrait* 108, 712
- *cas d' \_\_\_\_* 963 ss
- *distinction entre \_\_\_\_ et acte illicite* 406, 1224
- *distinction entre \_\_\_\_ et faute objective* 156, 552, 716, 791
- *distinction inutile entre action ou omission* 100, 713
- *distinction selon les cas d' \_\_\_\_ intéressante dans une perspective descriptive* 1070
- *effets de l' \_\_\_\_ dépendant de l'intensité de celle-ci* 1065, 1069
- *éléments communs aux différents cas d' \_\_\_\_* 974, 976 s.
- *en pratique, distinction difficile entre les cas d' \_\_\_\_* 150, 152, 988
- *ignorance du créancier des causes de l' \_\_\_\_* 974
- *\_\_\_\_ au sens étroit* 968
- *\_\_\_\_ au sens large* 4, 634 ss, 968
- *\_\_\_\_ d'une dette d'argent* 1014 ss
- *\_\_\_\_ due, en définitive, à un cas de force majeure* 89, 689 ss, 698
- *\_\_\_\_ due, en définitive, partiellement à un acte imputable au créancier* 83, 93 ss, 699 ss
- *\_\_\_\_ due, en définitive, tant à un acte imputable au créancier qu'à un acte imputable au débiteur* 84
- *\_\_\_\_ due, en définitive, tant à un acte imputable au créancier qu'à un cas de force majeure* 85 ss

- \_\_\_ due, en définitive, uniquement à un acte imputable au créancier 82, 92, 697
- \_\_\_ qui n'est, en définitive, pas due à un acte imputable au créancier 83, 92, 698
- notion clé des systèmes sanctionnant l'inexécution des obligations 633
- unité des effets de l' \_\_\_ 1056 ss
- unité des effets de l' \_\_\_ sur le rapport d'obligations 1061 ss
- en droit supranational**
- correspondant matériellement à la « contravention au contrat » de la CVIM 637
- définition expresse dans les PU et PE 639
- définition large et unitaire 634 ss
- terme préférable à « breach of contract » 638, 905
- voir* **Acte imputable au créancier, Causalité, Demeure du débiteur, Impossibilité, Intérêt moratoire, Mauvaise exécution, Système sanctionnant l'inexécution des obligations**
- INEXÉCUTION IMPUTABLE AU CRÉANCIER** 66 ss, 670 ss
- voir* **Acte imputable au créancier, Déchéance des droits du créancier**
- INONDATION** 170, 861
- voir* **Catastrophe naturelle**
- INTEMPÉRIE**
- voir* **Catastrophe naturelle**
- INTÉRÊT**
- \_\_\_ négatif au rapport d'obligations 1054, 1062
- \_\_\_ positif au rapport d'obligations 1063
- INTÉRÊT MORATOIRE** 755, 864, 1014 ss
- réglementation particulière 1017 ss, 1060, 1068, 1217
- réparation du préjudice du créancier qui dépasse l' \_\_\_ 1022 ss
- reposant sur des fictions 1015 s.
- voir* **Réparation du préjudice du créancier**
- INTERPRÉTATION DE LA LOI**
- \_\_\_ visant à maintenir l'unité du système sanctionnant l'inexécution des obligations 1072 ss
- principe de l'interprétation autonome 58, 620

**INTERPRÉTATION DU CONTRAT**

- *influence de la nature particulière de l'affaire sur l'interprétation objective* 481, 561, 568
- *interprétation objective* 479
- *interprétation subjective* 479
- *lien entre imprévisibilité de l'empêchement et \_\_\_\_* 178 s., 828
- *lien entre \_\_\_\_ et application d'une norme supplétive* 144  
*voir Confiance, Contracter sans réserves*

**IUS VARIANDI** 1074

**J****K****L****LIVRAISON**

- *absence de \_\_\_\_* 152, 452, 839, 1190
  - *exonération de la responsabilité du débiteur en cas de \_\_\_\_ de marchandises défectueuses* 148 ss
  - *\_\_\_\_ de marchandises défectueuses* 95, 152, 452
  - *\_\_\_\_ d'un aliud* 968 s.
  - *refus de prendre \_\_\_\_* 89, 97
  - *retard dans la \_\_\_\_* 84, 95, 203, 452, 680, 861, 877
- voir Exécution, Inexécution*

**LOIS DE POLICE** n. 970

**M**

**MALADIE** 575

**MANQUE DE FORMATION** 575

**MARCHANDISES DÉFECTUEUSES**

- *exonération de la responsabilité du débiteur en cas de livraison de \_\_\_\_* 148 ss
- *livraison de \_\_\_\_* 95, 152, 452

**MAUVAISE EXÉCUTION** 973

- *comparaison des effets de la demeure du débiteur avec ceux de l'impossibilité subséquente et de la \_\_\_\_* 991 ss  
*voir Exécution tardive, Inexécution, Se départir du rapport d'obligations pour inexécution*

<b>MODIFIZIERTE ERFOLGSHAFTUNG</b>	253, 398
<i>voir Responsabilité du débiteur</i>	
<b>MORT</b>	575
<b>MOYEN DU CRÉANCIER</b>	
<i>voir Système sanctionnant l'inexécution des obligations</i>	
<b>N</b>	
<b>NORME DE RESPONSABILITÉ AU SENS LARGE</b>	1091
<b>NORME DE RESPONSABILITÉ AU SENS STRICT</b>	1092
– <i>appellations en allemand</i>	1093
– <i>caractéristique essentielle</i>	1096
– <i>champ d'application limité au droit de la responsabilité</i>	1113, 1145
– <i>élément distinctif: effet juridique produit</i>	1098 ss, 1144
– <i>en matière de responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui</i>	1104, 1114 ss, 1151
– <i>formulations usuelles de la conséquence juridique</i>	1102 s., 1146
– <i>grande variété des états de fait</i>	1100, 1144
– <i>rôle</i>	1097
<b>NORME D'IMPUTATION</b>	1105, 1112
– <i>absence de formulation usuelle de la conséquence juridique</i>	1146
– <i>attribuant des comportements</i>	1107
– <i>autres appellations</i>	1106
– <i>caractéristique essentielle</i>	1108
– <i>champ d'application potentiel</i>	1112
– <i>champ d'application potentiel plus large que pour une norme de responsabilité au sens strict</i>	1113, 1145
– <i>élément distinctif: effet juridique produit</i>	1108 ss, 1144
– <i>en matière de responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui</i>	1111, 1152 s.
– <i>grande variété des états de fait</i>	1109, 1144
<b>O</b>	
<b>OBLIGATION</b>	n. 2
– <i>finalité de l' ____</i>	1
– <i>influence de l'existence d'une ____ sur le système légal</i>	396 ss
– <i>nature dynamique de l' ____</i>	397
– <i>____ personnelle qualifiée</i>	1115, 1175

– rapport entre l'existence d'une ____ et le renversement du fardeau de la preuve de l'imputabilité de l'inexécution au débiteur voir <b>Dette d'argent</b>	313, 397
<b>OBLIGATION D'AVERTIR LE CRÉANCIER DE L'EMPÊCHEMENT</b>	228 ss, 871 ss
– but	228, 872
– concordance des réglementations (CVIM, PU et PE) malgré des formulations différentes	874, 885
– concrétisation du principe de la bonne foi	873
– durée du délai raisonnable	877, 889
– exonération de la responsabilité du débiteur lors de l'inexécution de l' ____	232
– fardeau de la preuve	234
– inexécution de l' ____	230, 876
– interruption de la causalité entre l'inexécution de l' ____ et le préjudice	231
<b>OBLIGATION DE MOYENS</b>	109
– distinction inutile entre inexécution d'une ____ ou d'une obligation de résultat	110, 158, 651 ss
– inexécution d'une ____	109 s., 714
– inexécution d'une ____ et exonération de la responsabilité du débiteur	155 ss, 552, 789 ss
– inexécution d'une ____ et faute objective	156, 552, 716, 791
<b>ORDRE PUBLIC POSITIF</b> voir <b>Règles d'application immédiate</b>	
<b>ORGANE</b>	
– diligence due et compétences personnelles des ____ s d'une personne morale	1182
– distinction inutile entre ____ ou auxiliaire en matière d'exonération de la responsabilité du débiteur	600
– notions d' ____ et de tiers logiquement exclusives	597
– portée de la distinction entre ____ et auxiliaire en matière de responsabilité du débiteur	601 ss, 1158, 1213
<b>P</b>	
<b>PACTA SUNT SERVANDA</b>	313
<b>PARTAGE DU TRAVAIL</b> voir <b>Division du travail</b>	
<b>PERTE D'UN COLLABORATEUR</b>	169, 557, 560, 829



<b>PERTE D'UNE CHANCE</b>	721, 733
<b>PRÉJUDICE</b>	717 ss
– causalité et prévisibilité du ____	596, 726
– exigence de la certitude du ____	721
– monnaie pour l'évaluation du ____	753
– ____ passé ou futur	720, 1025 s.
– ____ pécuniaire ou non pécuniaire	718 s., 901
voir <b>Causalité, Devoir de limiter le préjudice, Dommage, Réparation du préjudice du créancier</b>	
<b>PRESTATION</b>	n. 5
– accent sur l'obtention intégrale de la ____	314, 319
– hypothèses assimilées à celle dans laquelle la ____ ne peut plus être obtenue	966
– hypothèses assimilées à celle dans laquelle la ____ peut encore être obtenue	964
– plusieurs possibilités de fournir la ____	400
– situation si la ____ a été effectuée mais incorrectement	967
– situation si la ____ ne peut plus être obtenue	965
– situation si la ____ peut encore être obtenue	963
– situation juridique si une attribution a été effectuée mais sans fournir la ____	969
voir <b>Exécution, Système réglant l'exécution des obligations</b>	
<b>PRIX COURANT</b>	745
<b>PU ET PE</b>	604 ss
– améliorations formelles par rapport à la CVIM	903 ss
– ample concordance des réglementations	882, 887
– application des ____	613 ss, 650
– application imperio rationis	611 s.
– caractère autonome des réglementations	619
– caractère plus approfondi des réglementations des ____ par rapport à la CVIM	894
– caractéristiques des réglementations	879 ss
– caractéristiques de la responsabilité du débiteur	910 ss
– caractéristiques de l'imputation du fait d'autrui	931 ss
– champs d'application respectifs différents	883
– codifications savante	s 604
– commentaires et illustrations faisant partie intégrante des réglementations	610
– concordance des réglementations avec la CVIM	893

– contenu concordant malgré parfois des formulations différentes	885 ss
– description des réglementations	625 ss
– emploi de termes nouveaux	622
– ensemble cohérent de normes supranationales	890, 892
– innovations matérielles par rapport à la CVIM	897 ss
– pertinence des décisions de tribunaux étrangers	623
– possibilité de déroger à la réglementation	629
– régissant la validité du contrat	630
– réglementations se complétant mutuellement	888 ss
– similitude formelle	605 ss
– sources d’inspiration pour l’application de la CVIM	895
– utilité d’une formulation détaillée	924
voir CVIM	
<b>Q</b>	
<b>QUI FACIT PER ALIUM FACIT PER SE</b>	1165
<b>QUI PEUT LE PLUS PEUT LE MOINS</b>	72
<b>R</b>	
<b>RAISONNABLE</b>	722
– référence au ____ caractéristique d’un critère d’évaluation objectif	781
<b>RAISONNEMENT HYPOTHÉTIQUE</b>	
– ____ de causalité adéquate	537, 1010, 1163, 1192, 1211
<b>RAPPORT DE LIQUIDATION</b>	1028
voir <i>Se départir du rapport d’obligations pour inexécution</i>	
<b>RAPPORT D’OBLIGATION</b>	
voir <i>Obligation</i>	
<b>RAPPORT D’OBLIGATIONS</b>	
– effets de l’exonération de la responsabilité du débiteur sur le ____	225 ss, 866 ss, 1062 s., 1073 s.
– intérêt négatif au ____	1054, 1062
– intérêt positif au ____	1063
– ____ de durée	1089
– ____ unilatéral	1036

– <i>unité des effets de l'inexécution sur le ____</i> <i>voir Contrat</i>	1061 ss
<b>RAPPORT SYNALLAGMATIQUE (D'ÉCHANGE)</b>	1036, 1051, 1053, 1073
<i>voir Contrat</i>	
<b>REFUS</b>	
– ____ <i>de l'exécution in natura</i>	964, 967
– ____ <i>de prendre livraison</i>	89, 97
<b>RÈGLES D'APPLICATION IMMÉDIATE</b>	615
– <i>identifier les ____</i>	618
<b>RENONCIATION À L'EXÉCUTION IN NATURA</b>	1035 ss
– <i>droit formateur</i>	1035
– <i>effets</i>	1027, 1035, 1043
– <i>en tant qu'ultima ratio</i>	1030
– <i>fixation au débiteur d'un délai convenable pour s'exécuter</i>	1030 ss
– <i>ne nécessitant pas de déclaration immédiate si la fixation d'un délai convenable n'est pas exigée</i>	1038
– <i>par une déclaration immédiate à l'échéance du délai convenable</i>	1037
– <i>situation juridique en l'absence d'une déclaration immédiate à l'échéance du délai convenable</i>	1038
– <i>possible pour tout rapport d'obligations</i>	1036
– <i>situations exceptionnelles (impossibilité subséquente et mauvaise exécution)</i>	1041 s.
<b>RÉPARATION DU PRÉJUDICE DU CRÉANCIER</b>	63 s., 99 ss, 230, 625, 706 ss, 876
<b>en général</b>	
– <i>alternativement ou cumulativement avec un autre moyen</i>	63 s., 626
– <i>conditions</i>	103 ss, 540, 709 ss
– <i>détermination anticipée du préjudice futur</i>	1025 s.
– <i>droit général à la ____</i>	706
– <i>fardeau de la preuve</i>	105 s.
– <i>lors de toute inexécution au sens large</i>	100, 713
– <i>pendant la période précontractuelle</i>	708
– <i>pour cause d'inexécution après la renonciation à l'exécution in natura</i>	1027, 1043
– <i>qui dépasse l'intérêt moratoire</i>	1022 ss
– <i>qui résulte de la caducité du contrat</i>	1028, 1054
– <i>qui résulte de l'exécution tardive</i>	992 ss

<b>en droit supranational</b>	
– <i>approche unitaire</i>	239, 912
– <i>caractère plus approfondi des réglementations des PU et PE par rapport à la CVIM</i>	707
– <i>concordance des réglementations</i>	707
<i>voir Indemnité due, Responsabilité du débiteur</i>	
<b>RÉSILIER LE RAPPORT D'OBLIGATIONS</b>	
<i>voir Se départir du rapport d'obligations pour inexécution</i>	
<b>RÉSOUUDRE LE RAPPORT D'OBLIGATIONS</b>	
<i>voir Se départir du rapport d'obligations pour inexécution</i>	
<b>RESPONSABILITÉ</b>	n. 14
– <i>droit de la ____</i>	1091
<i>voir Norme de responsabilité au sens large, Norme de responsabilité au sens strict</i>	
<b>RESPONSABILITÉ (DITE) CONTRACTUELLE</b>	n. 41
<b>RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE CAUSALE</b>	452
<b>RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE CAUSALE ATTÉNUÉE</b>	452, 486
<b>RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR</b>	
– <i>cercle des préposés moins étendu que celui des auxiliaires du débiteur</i>	1086, 1227
– <i>raison d'être de la ____</i>	366
– <i>exonération de la ____</i>	444
– <i>présupposant un rapport de subordination entre l'employeur et le préposé</i>	1086
<i>voir Responsabilité du débiteur du fait d'autrui</i>	
<b>RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE</b>	403
– <i>actualité de la distinction entre ____ et responsabilité du débiteur</i>	492, 1085 s., 1229
– <i>analogies, mais pas d'homologies, avec la responsabilité du débiteur</i>	404, 1230
– <i>fondement différent que la responsabilité du débiteur</i>	403, 1224
– <i>relation avec la responsabilité du débiteur</i>	1075 ss, 1224 ss
<i>voir Acte illicite, Faute, Responsabilité du débiteur</i>	

**RESPONSABILITÉ DES PERSONNES INCAPABLES DE**

**DISCERNEMENT**

– *responsabilité causale fondée sur l'équité* 566 s.

**RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR**

**en général**

- *actualité de la distinction entre \_\_\_ et responsabilité délictuelle* 492, 1085 s., 1229
- *affaiblissement de la centralité de la figure du débiteur* 1178 s.
- *affaiblissement de la distinction entre fait du débiteur ou de ses auxiliaires* 1180 s.
- *analogies, mais pas d'homologies, avec la responsabilité délictuelle* 404, 1230
- *comparabilité des régimes réglementant la \_\_\_* 578 ss
- *constructions législatives différentes en droit supranational et droit interne* 578 ss
- *construction législative préférable: système unique de \_\_\_* 1198 ss, 1220
- *dépendant fortement de la convention des parties au rapport d'obligation* 588
- *dissemblance des régimes réglementant la \_\_\_* 538
- *distinction inutile entre les différentes sources d'obligation* 100, 645 ss, 979
- *fondement différent que la responsabilité délictuelle* 403, 1224
- *influence de la nature de l'affaire* 481, 561, 568, 588
- *limites de la \_\_\_* 257, 627, 916
- *opportunité de l'approche des codifications supranationales récentes* 1198 ss, 1220
- *pas de forme spéciale de responsabilité délictuelle* 406, 1231
- *présupposant l'inexécution d'une obligation du débiteur* 201
- *relation avec la responsabilité délictuelle* 1075 ss, 1224 ss
- *responsabilité de résultat tempérée par la possibilité d'une preuve libératoire* 253, 398
- *sévérité des régimes réglementant la \_\_\_* 590 ss
- *similitude de la structure des régimes réglementant la \_\_\_* 540
- *similitude matérielle en droit supranational et droit interne* 586 s.
- *somme de trois composantes* 282, 834, 915, 1202, 1220
- *standards différents en matière commerciale et non commerciale* 591, 595

- 
- *unité du régime réglementant la \_\_\_\_* 99, 239, 640 ss, 912 s., 1059, 1066
  - en droit interne**
  - *critique d'un système de \_\_\_\_ centré sur la faute du débiteur* 1175 ss
  - *nécessitant d'autres normes de responsabilité au sens strict que l'art. 97 al. 1 CO pour appréhender toutes les hypothèses de \_\_\_\_* 580 s., 1115
  - *portée de la distinction entre organe et auxiliaire en matière de \_\_\_\_* 601 ss, 1158, 1213
  - *que partiellement une responsabilité pour faute* 581, 1115
  - *s'inspirer du droit supranational* 596, 1234
  - *système bipartite de \_\_\_\_* 7
  - *système de \_\_\_\_ caractérisé par une approche casuistique* 8, 1187
  - *système de \_\_\_\_ focalisé sur la figure du débiteur et la faute de ce dernier* 579, 1173 s.
  - *système de \_\_\_\_ peu évolutif* 22, 1187
  - *système de \_\_\_\_ relativement complexe* 21, 1164
  - en droit supranational**
  - *aucune référence à la faute* 253 s., 583 s.
  - *distinction inutile entre empêchement initial ou sub-séquent* 100, 648 ss
  - *distinction inutile entre fait du débiteur ou de ses auxiliaires* 100, 656
  - *idée d'une faute objective* 261, 486, 832, 918
  - *système de \_\_\_\_ à vocation générale* 891, 1172, 1233
  - *système de \_\_\_\_ évolutif* 1200
  - *système de \_\_\_\_ ne subissant pas l'affaiblissement de la centralité de la figure du débiteur* 1201
  - *système de \_\_\_\_ ne subissant pas l'affaiblissement de la distinction entre fait du débiteur ou de ses auxiliaires* 1201
  - *système unique de \_\_\_\_* 239, 912
  - *une \_\_\_\_ objective* 254 ss, 916
  - voir Aménagement contractuel de la responsabilité du débiteur, Diligence due, Exonération de la responsabilité du débiteur, Système sanctionnant l'inexécution des obligations*
  - RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR DU FAIT DE L'ORGANISATION** 557 ss, 1196
  - en général**
  - *idée sous-jacente* 557, 575

- *intéressante car ne présupposant pas de capacité de discernement* 558, 577, 1196
  - *similitude matérielle en droit supranational et droit interne* 573, 588
  - **en droit interne** 574 ss, 1196
  - *deux voies pouvant conduire à une responsabilité du débiteur indépendante de toute capacité de discernement de l'auteur du dommage* 571 s.
  - **en droit supranational** 557 ss, 1196
  - *voir Exonération de la responsabilité du débiteur du fait de l'organisation, Responsabilité du débiteur*
- RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LE FAIT D'AUTRUI**
- en général**
- *champ d'application* 197 ss, 661
  - *comme si les actes de l'auxiliaire étaient ceux du débiteur* 384, 394, 447, 548, 854
  - *constructions législatives différentes en droit supranational et droit interne* 1152 ss, 1161
  - *construction législative préférable: norme d'imputation* 1162 ss, 1203, 1209
  - *deux constructions législatives possibles sans implications matérielles nécessaires* 1155 ss, 1210
  - *deux seules constructions législatives possibles* 1095 ss, 1143
  - *en pratique, distinction parfois difficile entre les deux constructions législatives possibles* 1146
  - *en pratique, très importante* 17, 1179
  - *éviter que le débiteur ne diminue les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un tiers* 191 s., 383, 386 s.
  - *éviter que le débiteur réponde d'un acte de l'auxiliaire qui n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même* 196, 338, 384, 390
  - *exemples de \_\_\_ par le biais d'une norme d'imputation* 1111, 1152 s.
  - *exemples de \_\_\_ par une norme spéciale de responsabilité* 1104, 1114 ss, 1151
  - *extranéité de l'idée que le débiteur bénéficie matériellement des avantages de l'intervention de l'auxiliaire* 357 ss, 374 s.
  - *extranéité de l'idée que le débiteur crée un danger d'inexécution en faisant appel à un auxiliaire* 330 ss, 374 s.
  - *extranéité de l'idée que le débiteur entretient les rapports les plus étroits avec l'auxiliaire* 377

- *extranéité de l'idée que le débiteur peut évaluer mieux que le créancier les risques de préjudice et mieux s'assurer* 378
- *extranéité de l'idée que le débiteur peut exiger des sûretés de l'auxiliaire* 341 ss, 374 s.
- *extranéité de l'idée que l'auxiliaire intervient dans l'intérêt du débiteur* 360 ss
- *fardeau de la preuve* 435 s.
- *indépendante de toute faute subjective* 542
- *par le biais d'une norme d'imputation* 1105 ss, 1143
- *par une norme spéciale de responsabilité* 1096 ss, 1143
- *présupposant l'intervention d'un tiers dans le processus d'exécution d'une obligation du débiteur* 201, 296
- *présupposant une intervention du tiers de par la volonté du débiteur* 203, 296
- *raison d'être de la \_\_\_\_* 293 ss, 374 ss, 1212
- *rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il s'était exécuté personnellement* 384, 388 s.
- *\_\_\_\_ en contrepartie de la faculté pour le débiteur de recourir à des tiers* 324 s., 367 ss, 381 s.
- *similitude matérielle en droit supranational et droit interne* 385 ss, 548
- en droit interne**
- *à la lettre, sans preuve libératoire* 517
- *ambiguïté résultant de la coexistances de deux constructions législatives possibles* 1155
- *conditions* 435 s.
- *construction législative d'après la doctrine* 1117 ss, 1147 s.
- *construction législative d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité* 1127 ss, 1147 ss
- *construction législative d'après le texte légal* 1136 ss, 1150
- *construction législative de lege lata : norme de responsabilité au sens strict* 1114 ss, 1151
- *construction législative sous l'ancien droit : norme d'imputation* 1140
- *norme de responsabilité au sens strict fonctionnant matériellement comme une norme d'imputation* 1123 ss, 1158 ss
- *rapprochement criticable des art. 101 al. 1 et 55 al. 1 CO* 1150, 1226 s.
- en droit supranational**
- *construction législative de lege lata : norme d'imputation* 1152 s.



*voir Auxiliaire, Exonération de la responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui, Responsabilité de l'employeur, Responsabilité du débiteur, Tiers*

- RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LES ANIMAUX** 1188 ss
- *éviter que le débiteur ne diminue les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à un animal* 1189
  - *éviter que le débiteur réponde d'un fait de l'animal qui n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même* 1191
  - *rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il s'était exécuté personnellement* 1189
- voir Exonération de la responsabilité du débiteur pour les animaux, Responsabilité du débiteur du fait de l'organisation*
- RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR LES MACHINES** 1188 ss
- *éviter que le débiteur ne diminue les occasions d'engager sa responsabilité en recourant à une machine* 1189
  - *éviter que le débiteur réponde d'un fait de la machine qui n'aurait pas engagé sa responsabilité s'il l'avait accompli lui-même* 1191
  - *rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il s'était exécuté personnellement* 1189
- voir Exonération de la responsabilité du débiteur pour les machines, Responsabilité du débiteur du fait de l'organisation*
- RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR POUR SON PROPRE FAIT**
- en général**
- *similitude matérielle en droit supranational et droit interne* 549 ss
- en droit interne**
- *en cas d'acte préjudiciable d'un organe* 1114
  - *l'art. 97 al. 1 CO en tant que règle générale* 599, 1182
  - *lorsqu'il est incapable de discernement* 302, 459
  - *voir Exonération de la responsabilité du débiteur pour son propre fait, Responsabilité du débiteur* 564 ss
- RESPONSABILITÉ POUR LE CASUS MIXTUS** 667, 669, 831, 1000 ss, 1070
- *expression des principes généraux en matière de causalité* 1000 ss
  - *portée générale* 1003

<i>voir Exonération de la responsabilité pour le casus mixtus</i>	
<b>RESPONSABILITÉ POUR LE FAIT D'AUTRUI</b>	n. 17
<b>RETARD</b>	
– ___ dans la livraison	84, 95, 203, 452, 680, 861, 877
<i>voir Demeure du débiteur</i>	
<b>RÉVOLTE</b>	170
<b>S</b>	
<b>SABOTAGE</b>	174
<b>SÉCHERESSE</b>	
<i>voir Catastrophe naturelle</i>	
<b>SE DÉPARTIR DU RAPPORT D'OBLIGATIONS POUR INEXÉCUTION</b>	1043 ss, 1062
– conditions uniques	1048 ss
– droit de résoudre remplacé par le droit de résilier dans un rapport d'obligations de durée	1089
– effets	1028, 1054, 1062
– gravité de l'inexécution en tant que condition	1051 s.
– hypothèses dans lesquelles le créancier a intérêt à ___ lors d'une impossibilité subséquente	1044
– indifférence de l'imputabilité de l'inexécution au débiteur	1049
– indifférence que l'inexécution ne porte pas sur une obligation en rapport d'échange	1053
– lors d'une demeure du débiteur	1043
– lors d'une impossibilité subséquente	1046
– lors d'une mauvaise exécution	1047
– règles spéciales en cas d'impossibilité subséquente non imputable au débiteur	868 ss, 1050
<b>SUBSTITUTION AUTORISÉE</b>	361 s.
<b>SYSTÈME RÉGLANT L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS</b>	324, 371
– accent sur l'obtention intégrale de la prestation	314, 319
– absence, en principe, d'obligation du débiteur de s'exécuter personnellement	318
– charger un tiers de l'exécution relève de la responsabilité du débiteur	192, 321, 324
– liberté du débiteur dans l'exécution	316 ss, 400 s., 659

- *liberté, en principe, du débiteur de confier l'exécution à un tiers* 319
- *prééminence de l'optique du créancier* 302 ss, 322
- *très exigeant envers les parties au rapport d'obligations* 186, 846
  
- SYSTÈME SANCTIONNANT L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS**
- en général**
- *distinction nécessaire entre inexécution d'une dette d'argent ou d'une obligation d'autre nature* 1060, 1068, 1217
- *moyens du créancier dépendant de l'intensité de l'inexécution* 1065, 1069
- *prééminence de l'optique du créancier* 198, 212, 302 ss, 322, 988
  
- *raisons du \_\_\_ : importance de l'existence d'une obligation préalable* 396 ss
- *similitude des \_\_\_ s en droit supranational et droit interne* 628, 1066 ss
- *subsidaire, en général, à ce que les parties ont prévu* 65, 629, 980, 1067
- *traitement différent de l'impossibilité initiale objective en droit supranational et droit interne* 1066
- *unité du \_\_\_* 983, 1056 ss, 1066 ss, 1215 s. 978 ss
  
- en droit interne**
- *comparaison des effets de la demeure du débiteur avec ceux de l'impossibilité subséquente et de la mauvaise exécution* 991 ss
- *développer le \_\_\_* 1088 ss, 1232
- *distinction en fonction des causes de l'inexécution dans une perspective descriptive* 1070
- *interprétation de la loi visant à maintenir l'unité du \_\_\_* 1072 ss
- *maintenir l'unité du \_\_\_* 1071 ss, 1215
- en droit supranational**
- *concordance des \_\_\_* 893
- *ensemble cohérent de normes à vocation générale* 890 ss
- *manque d'intelligibilité immédiate* 1070
- *voir Réparation du préjudice du créancier, Se départir du rapport d'obligations pour inexécution*

## T

**TEMPÊTE** 152, 170

*voir Catastrophe naturelle*

**TIERS**

- distinction inutile entre \_\_\_ dépendant ou indépendant en matière d'auxiliaire 191, 197, 661, 906
  - notions d'organe et de \_\_\_ logiquement exclusives 597
  - \_\_\_ dont le débiteur répond 661
  - \_\_\_ indépendant 197
  - \_\_\_ intervenant spontanément dans le processus d'exécution de la prestation due 663 ss
- voir Auxiliaire, Cas fortuit, Responsabilité du débiteur pour le fait d'autrui, Système réglant l'exécution des obligations*

**TORT MORAL**

*voir Préjudice*

**TRAVAIL**

*voir Division du travail*

**TREMBLEMENT DE TERRE** 170, 845

*voir Catastrophe naturelle*

## U

**ÜBERNAHMEVERSCHULDEN** 470

## V

**VIOLATION POSITIVE DU CONTRAT** 975

*voir Inexécution*

## W

## X

## Y

## Z



## Index des lois (et normes) citées

Le présent index contient les renvois aux passages dans lesquels ont été citées ou traitées des dispositions légales. Les chiffres renvoient aux numéros marginaux ou aux notes de bas de page (n.) ; ceux qui figurent en caractère gras se rapportent au(x) passage(s) où la disposition est spécialement traitée.

### aCO (art.)

110	24, 1059
115 I	24, <b>1140 s.</b> , 1226
118	1059
259	329
259 I	328 s.
261 I	1133
271 I	1133

### aPE

4.504	673
-------	-----

### AP (art.)

42	1071, <b>1075 ss</b> , <b>1228</b>
48a I	464
48a II	464
49	1086
49a	1086
57	411
57 II a-c	429
99 III	411

### BGB (§)

278	<b>1121</b> , 1140
280 ss	1059, 1078

### CC (art.)

2 I	466, 1038 s.
4	416, 425
8	<b>311</b>
55 II	597, 599 s., <b>1111</b> , 1112, 1124, 1144 ss, 1151, 1170
333 I	<b>1141</b> , 1226

### Code civil néerlandais (art.)

6:74 ss	1078
---------	------

### Code civil du Québec (art.)

1590 ss	1078
---------	------

### CO (art.)

18 I	479
19 s.	431
19 I	466
20 I	<b>101</b> , <b>649 s.</b> , 1066
20 II	466, 1052
29 II	1138
41 ss	1075
41 I	403, 406, <b>491</b> , 502, 506, 599, 1003, 1080, 1091, 1100, 1102, 1111, 1224

41 II	403	98 II	1072, 1138
42 I	1091	99-101	9
43 s.	380, 1166	99	579
43 I	1166	99 I	<b>998</b>
44 I	1166	99 II	<b>380, 480 s.</b> , 483, 493, 527, 568, <b>998</b>
52 II	1138	99 III	<b>380, 405, 998</b> , 1166, <b>1230</b>
54	565	100	407 s., 410, 413, 419 ss, 476, 530, 602 s., <b>998</b> , 1182, 1207, 1213
54 I	514, <b>564 ss</b> , <b>571 ss</b> , 581, 583, 1222	100 I	<b>423 ss</b> , <b>431</b> , 1180, 1208
54 II	566	100 II	<b>416 s.</b> , <b>425 ss</b> , <b>432 s.</b> , 1208
55 I	296, 366, 444, 520, <b>1086</b> , 1131, 1138, 1141, 1150, 1226 s.	101	31, <b>1206</b> , 1214
56 I	520, 1100, 1102	101 I	<i>passim</i> , not. <b>9</b> , <b>36 ss</b> , <b>295 s.</b> , <b>354 s.</b> , <b>360 ss</b> , <b>374 ss</b> , <b>387</b> , <b>389</b> , <b>434</b> , <b>ss</b> , <b>996</b> , <b>1086</b> , <b>1114</b> , <b>ss</b> , <b>1147 ss</b> , <b>1154 ss</b> , <b>1162</b> , <b>ss</b> , <b>1183</b> , <b>1187 ss</b> , <b>1202 s.</b> , <b>1209 ss</b> , <b>1226 s.</b>
58 I	1100, 1102, 1138	101 II	9, 44, <b>407 ss</b> , 498, 530, 579, 602 s., <b>998</b> , 1180, 1182, <b>1207 s.</b> , 1213
68 ss	1052	101 III	9, 44, <b>407 ss</b> , 498, 530, 579, 602 s., <b>998</b> , 1182, <b>1207 s.</b> , 1213
68	13, <b>301</b> , <b>316 ss</b> , 484 s., 488, 531, 1115, 1175, 1182	102 ss	982, 1070
69 I	314, 964	102	<b>985</b> , 1070
71	967	102 II	1006
81 I	320		
91	n. 1577, 984		
97-109	<i>passim</i> , not. <b>5</b> , <b>56</b> , <b>978 ss</b> , <b>1205</b> , <b>1232</b>		
97-101	961, 982, <b>991 ss</b> , 1056, 1064, 1070		
97	31, 600, 1059		
97 I	<i>passim</i> , not. <b>9</b> , <b>301 ss</b> , <b>322</b> , <b>454 ss</b> , <b>523 ss</b> , <b>549 ss</b> , <b>554</b> , <b>579 ss</b> , <b>1114 s.</b>		
98 I	1072		
418			

103 ss	961, <b>990 ss</b> , 1056, 1064	191 II	1063
103	669, <b>992 ss</b> , 1019, <b>1023 s.</b> , 1035, 1059, 1070	192 ss	967
103 I	989, 992, 994, 997, <b>999 ss</b> , 1059, 1138	193 II	21, 453, 1164
103 II	520 s., 989, 992, 995, 1001, <b>1004 ss</b>	197 ss	56, 967
104 ss	979, 1035	205	1047, 1049
104 s.	<b>1014 ss</b> , 1022, 1024, <b>1060</b> , 1066, 1068, 1217	205 II	1051
104 II	1016	208 II	21, 452, 1164
104 III	1016	215	1063
105 I	1016	248 I	21, 453, 1164
106 I	1019, <b>1021 ss</b> , 1138	258	967
106 II	1021, <b>1025 s.</b>	258 I	964, 1047, 1049, 1051
107 ss	<b>1027 ss</b>	259 a ss	967
107	963, <b>1027</b> , 1036, 1051, 1058	261	329
107 I	<b>1027</b> , 1036, 1053	288	967
107 II	<i>passim</i> , not. <b>1027</b> , <b>1043</b>	306 III	1003
108	<b>1027</b> , 1030, <b>1033 s.</b>	321	485
109 I	<b>1028</b> , 1062	321 e II	464, 466, 480, 485
109 II	1019, <b>1028</b> , <b>1054</b> , 1062	366 I	1072
110	n. 7	366 II	1072
119	<b>1050</b>	367 ss	967
119 I	581, 583, 1073, <b>1222</b>	368	1047, 1049
119 II	1046, 1063, <b>1073</b>	368 I	964, 1051
191 I	1063	398 II	110
		399 II	<b>361 s.</b>
		420 III	1003
		447 ss	<b>452</b> , 486
		447 s.	452
		447 I	21, 452, 1164
		448 I	21, 452, 1164



449	452	35	104, 150, 153, 211, 216
474 II	1003		
487 I	21, 452, 1164	40	287
488 III	21, 452, 1164	45 I	<b>63</b> , 66, 68, 84, 95, 100, 147, <b>647</b>
490 I	21, 452, 1164	45 I b	99, 139, 277, 279 s., 1153
538 I	21, 453, 1164		
754 II	1104	45 II	63
<b>CP (art.)</b>		46 ss	63
12 III	464	46	89
28	<b>15</b> , 1180	49	63, 89, 95 s., 226 s.
102	<b>15</b> , 1180	49 I	1069
<b>CVIM (art.)</b>		49 I a	122
1 ss	55	50	89, 94, 96, 226
4	<b>56</b>	51 I	220
4 phr. 1	58, 137, 163	60 b	97
4 phr. 2 a	101, 132, 137, 412, 630, 650, 758, 899	61 I	<b>64</b> , 66, 68, 100, 147, <b>647</b>
6	65, 131, 137, 163, 265	61 I b	99, 137, 139, 277, 279 s., 1153
7	242	61 II	64
7 I	58, 61, 68, 632	62 ss	64
7 II	57, 137, 163, 288	64	95 s., 226 s.
8	137, 144, 163	64 I	1069
8 I	178	66	286
8 II	<b>178 s.</b> , 241	74-78	707
9	180	74-77	63, 89, <b>99 ss</b> , 139, 147, 163, 222, 239
12	65	74	<b>112 ss</b> , <b>117</b> , <b>121</b> , 242, 596
14 ss	55	74 phr. 1	<b>113</b> , 277, 279 s., 729
25 ss	55	74 phr. 2	<b>114</b> , 735
25	100, 1052		

75	<b>115 ss, 118, 120 s., 242, 740</b>	82	286
76	<b>118 ss, 242, 744</b>	82 I	88
76 I	748	82 II a	<b>88</b>
77	94, 102, 117, <b>123 ss, 285, 749, 752</b>	86 I	286
77 phr. 1	<b>123, 126</b>	89 ss	55, 65
77 phr. 2	<b>124 s., 128, 130, 161</b>	<b>LBI (art.)</b>	
78	94, 755, 1068, 1217	47	354
79	<i>passim</i> , not. <b>128, 138 ss, 246 s., 255, 267 ss, 283 ss</b>	<b>LCR (art.)</b>	
79 I	<i>passim</i> , not. <b>66 s., 85 ss, 128, 139 ss, 153 ss, 162 ss, 189 ss, 221 ss, 225 ss, 233, 243 ss, 249 ss, 257 ss, 276 ss, 547, 560 s., 778 ss, 850 ss</b>	58 I	1100, 1102
79 II	<i>passim</i> , not. <b>66 s., 85 ss, 128, 139 ss, 153 ss, 162 s., 189 ss, 221 ss, 225 ss, 233, 243 ss, 257 ss, 274, 277 ss, 280 s., 283, 285 s., 385, 560 s., 848 ss</b>	<b>LDIP (art.)</b>	
79 III	<b>142, 221, 224, 232, 860, 907</b>	18	618
79 IV	<b>143, 186, 228 ss, 874</b>	19	618
79 IV phr. 1	234	116 I	616
79 V	<b>142, 222 ss, 225 ss, 283, 862 s.</b>	187 I	616
80	<i>passim</i> , not. <b>66 ss, 161, 679 s., 684</b>	187 II	616
81 ss	63	<b>LRFP (art.)</b>	
		1 I	1100, 1102
		<b>LTF (art.)</b>	
		97 I	1011
		105 I	1011
		<b>LUVI (art.)</b>	
		74	<b>246</b>
		74 I	n. 365
		<b>LVF (art.)</b>	
		14 s.	<b>452, 486</b>
		14 I	21, 452, <b>1111 s., 1146, 1164</b>

15 I	21, 452, 1164	4:113 I	801
15 I c	452	4:118	630, 649
<b>OJ (art.)</b>		4:119	<b>800</b>
35	354	5:101	836
<b>PE (art.)</b>		5:101 III	<b>838, 840</b>
1:101 I	618, 883	6:111	787, <b>805 ss</b>
1:101 II	613 s.	6:111 II	646, 927
1:101 III a	613	6:111 III	646
1:101 IV	613	7:106	<b>663 ss</b> , 730, 855, 930
1:102 II	629, 687	7:108	753
1:103	616	7:112	<b>394, 659</b>
1:106 I	620	8:101	676, 689
1:106 II	621, 773	8:101 I	788
1:201	765, 775	8:101 II	627, 643, 674, <b>776 ss</b> , 927
1:201 I	<b>631, 722, 761</b>	8:101 III	<b>73, 627, 662, 670 ss</b> , 888, 946
1:202	646	8:102	626, 702
1:301 I	673, 713	8:103	713
1:301 IV	608, <b>633 ss</b>	8:107	52, <b>394, 655 ss</b> , 854, 888, <b>934 ss, 941 s.</b> , <b>947, 949, 1152 s.</b> , 1203, 1209
1:301 V	796	8:108	627, <b>776 ss</b> , 889, <b>927 ss</b>
1:302	<b>722</b>	8:108 I	<i>passim</i> , not. <b>392</b> , <b>689 ss, 778 ss, 816 ss</b> , <b>819 ss, 916 ss, 921 ss</b>
1:305	<b>942 s.</b> , 945, 947 s., 949	8:108 II	<b>783, 859 s.</b> , 885, 907
4:102	<b>649 s.</b>	8:108 III	<b>784, 871 ss</b> , 885, 889
4:103	795 s., 798, 801 s.		
4:109	775		
4:110	775		
4:111	948		
4:111 I	<b>949, 954</b>		
4:112	801		

8:109	412, 627, 630, 687, <b>757 ss, 772, 885, 889</b>	<b>PU (art.)</b>	
		Préamb. (1)	782, 883
9:101-9:102	701	Préamb. (2)	613 s.
9:201	627	Préamb. (3)	613
9:301-9:304	701	Préamb. (5)	<b>613, 895</b>
9:301	867, 1069	Préamb. (6)	613
9:303 I	867	Préamb. (7)	618
9:303 IV	<b>868, 870</b>	1.5	629, 687
9:304	750	1.6 (1)	620
9:401	626, 700, 870	1.6 (2)	621
9:501-9:510	<b>706 ss, 778</b>	1.7	<b>631, 646, 676, 761,</b> 765, 775
9:501	889, 716	2.1.20	775
9:501 I	625, 627, <b>706 s., 776,</b> 780, 785, 1152	3.3	803
9:501 II a	718 s.	3.3 (1)	<b>649 s.</b>
9:501 II b	720 s.	3.10	775
9:502	718, <b>728 ss, 753</b>	3.11 (1)	<b>953 ss</b>
9:503	726, <b>735 ss</b>	3.19	630, 649
9:504	<b>670 ss, 749 ss</b>	4.1	836
9:505	<b>673, 682, 749 ss</b>	4.1 (2)	<b>838, 840</b>
9:505 I	<b>749 s., 946</b>	5.1.3	646
9:505 II	<b>752</b>	5.1.4	652, 654
9:506	<b>740 ss, 746 s.</b>	5.1.5	652, 654
9:507	<b>744 ss</b>	6.1.9	753
9:508	700, <b>755, 1068, 1217</b>	6.1.11	<b>394, 659</b>
9:508 I	767	6.2.1-6.2.3	787, <b>805 ss</b>
9:509	757 s., <b>766 ss</b>	6.2.2	927
9:509 (1)	763, 766	6.2.2 a	841
9:509 (2)	630, <b>769 s.</b>	7.1.1	608, <b>633 ss, 702</b>
9:510	<b>753</b>		

7.1.2	<b>73, 627, 662, 670 ss, 888, 952</b>	7.4.2 (1)	<b>718, 728 ss, 753</b>
7.1.3	627	7.4.2 (2)	718 s.
7.1.6	412, 627, 630, 687, <b>757 ss, 772, 885, 889</b>	7.4.3 (1)	720 s.
7.1.7	627, <b>776 ss, 889, 927 ss</b>	7.4.3 (2)	721, 733
7.1.7 (1)	<i>passim</i> , not. <b>392, 690 ss, 778 ss, 816 ss, 819 ss, 916 ss, 921 ss</b>	7.4.3 (3)	734
7.1.7 (2)	<b>783, 859 s., 885, 907, 927</b>	7.4.4	726, <b>735 ss</b>
7.1.7 (3)	<b>784, 871 ss, 885, 889</b>	7.4.5	<b>740 ss, 746 s.</b>
7.1.7 (4)	643, <b>783, 862, 864, 866 ss, 927</b>	7.4.6	<b>744 ss</b>
7.2.1-7.2.3	701	7.4.7	<b>670 ss, 888, 952, 955</b>
7.3.1-7.3.3	701	7.4.8	680, <b>749 ss</b>
7.3.1	866, 1069	7.4.8 (1)	<b>749 s., 952</b>
7.3.1 (2)	713	7.4.8 (2)	<b>752</b>
7.3.3	750	7.4.9	700, <b>755, 1068, 1217</b>
7.4.1-7.4.13	<b>706 ss, 778</b>	7.4.9 (2)	767
7.4.1	625, <b>706 ss, 780, 785, 1153</b>	7.4.10	729
7.4.2	889	7.4.11	<b>754</b>
		7.4.12	<b>753</b>
		7.4.13	757 s., <b>766 ss, 816</b>
		7.4.13 (1)	763, 766
		7.4.13 (2)	630, <b>769 s.</b>

# Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994  
**L'association sportive face au droit**  
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999  
**La forme sociale de l'organisation sportive**  
Questions de responsabilité  
Actes de la Journée de Droit du sport  
de la Faculté de droit de l'Université de  
Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000  
**L'Etat face aux dérives sectaires**  
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bino, Maria-Antonella* 2006  
**Hospitalisation forcée et droits  
du malade mental**  
Etude de droit international et de droit  
comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007  
**Propriété intellectuelle et  
droits de l'homme**  
L'impact des brevets pharmaceutiques  
sur le droit à la santé dans le contexte  
du VIH/SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992  
**Les mesures préventives et de  
réadaptation de l'assurance-chômage**  
Prévention du chômage et  
aide à la formation en droit suisse, droit  
international et droit européen
- Chaix, François* 1995  
**Le contrat de sous-traitance en droit  
suisse**  
Limites du principe de la relativité des  
conventions
- Chappuis, Christine* 1991  
**La restitution des profits illégitimes**  
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires  
sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005  
**Die Verknüpfung von Handel und  
Arbeitsmensenrechten innerhalb  
der WTO**  
Politisches Scheitern und rechtliche  
Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993  
**Le retard dans l'exécution des travaux  
de construction**  
Selon le Code des obligations et la norme  
SIA 118
- Converset, Stéphanie* 2009  
**Aide aux victimes d'infractions et  
réparation du dommage**  
De l'action civile jointe à l'indemnisation  
par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Currat, Philippe* 2006  
**Les crimes contre l'humanité dans le  
Statut de la Cour pénale internationale**

- Défago Gaudin, Valérie* 2006  
**L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale**
- Donatiello, Giuseppe* 2010  
**Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations**  
Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008  
**La substitution dans le contrat de mandat**
- Ducrot, Michel* 2005  
**La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral**
- Dunand, Jean-Philippe* 2000  
**Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»**  
*Mancipio dare ut remanipetur*  
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005  
**Le dommage écologique**  
Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998  
**Les paiements transfrontières dans un espace financier européen**
- Fehlbaum, Pascal* 2007  
**Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?**
- Foëx, Bénédicte* 1997  
**Le contrat de gage mobilier**
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992  
**Le principe de la double incrimination**  
En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009  
**Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne**  
Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991  
**L'élection populaire en Suisse**  
Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997  
**La nature cassatoire du recours de droit public**  
Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999  
**Le crédit documentaire et la fraude**  
La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000  
**La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers**
- Grodecki, Stéphane* 2008  
**L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève**
- Guibentif, Pierre* 1997  
**La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale**  
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008  
**Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse**

- Hack, Pierre* 2003  
**La philosophie de Kelsen**  
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000  
**Le principe de l'universalité en droit pénal international**  
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990  
**L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse**
- Hottelier, Michel* 1995  
**Le Bill of Rights et son application aux Etats américains**  
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009  
**Autonomie individuelle et biobanques**  
 Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002  
**La violation des devoirs en cas d'accident**  
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994  
**Le chèque de voyage**
- Jung, Anne* 2008  
**Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique**
- Junod Moser, Dominique* 2001  
**Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation**  
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005  
**Clinical drug trials**  
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993  
**Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce**
- Lampert, Frank* 2000  
**Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG**
- Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger* 1994  
**La libération conditionnelle : risque ou chance?**  
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils* 2006  
**L'art de punir**  
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006  
**Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur**  
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999  
**Les droits du patient face à la médecine contemporaine**
- Mandofia Berney, Marina* 1993  
**Vérités de la filiation et procréation assistée**  
 Etude des droits suisse et français



- Marchand, Sylvain* 1994  
**Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale**  
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999  
**L'autonomie constitutionnelle des cantons**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991  
**Les instruments d'action de l'Etat**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**Droit de l'environnement : mise en œuvre et coordination**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**La légalité : un principe à géométrie variable**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995  
**Aménagement du territoire et protection de l'environnement : la simplification des procédures**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996  
**La pesée globale des intérêts**  
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002  
**Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document**
- Morin, Ariane* 2002  
**La responsabilité fondée sur la confiance**  
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991  
**Les taxes d'orientation**  
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008  
**Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours**
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002  
**L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux**
- Peter, Henry* 1990  
**L'action révocatoire dans les groupes de sociétés**
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992  
**Le pouvoir législatif dans le canton du Valais**
- Rohmer, Sandrine* 2006  
**Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée**  
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007  
**La situation juridique des Tziganes en Suisse**  
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991  
**Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale**  
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994  
**Les régimes complémentaires de retraite en Europe : Libre circulation et participation**  
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007  
**Les frontières de la Suisse : questions choisies**
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997  
**L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme**  
 Etude de droit allemand et de droit suisse

*Tanquerel, Thierry* 1996  
**Les voies de droit des organisations  
écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

*Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990  
**Le crédit documentaire en droit suisse**  
Droits et obligations de la banque  
mandataire et assignée

*Tornay, Bénédicte* 2008  
**La démocratie directe saisie par le juge**  
L'empreinte de la jurisprudence sur les  
droits populaires en Suisse

*Trigo Trindade, Rita* 1996  
**Le conseil d'administration de la  
société anonyme**  
Composition, organisation et  
responsabilité en cas de pluralité  
d'administrateurs

*Voïnov Kohler, Juliette* 2006  
**Le mécanisme de contrôle du respect  
du Protocole de Kyoto sur les  
changements climatiques : entre  
diplomatie et droit**

*Vulliéty, Jean-Paul* 1998  
**Le transfert des risques dans la vente  
internationale**  
Comparaison entre le Code suisse des  
Obligations et la Convention de Vienne  
des Nations Unies du 11 avril 1980

*Werly, Stéphane* 2005  
**La protection du secret rédactionnel**

*Wisard, Nicolas* 1997  
**Les renvois et leur exécution en droit  
des étrangers et en droit d'asile**

*Zellweger, Tobias* 2008  
**Les transports collectifs de personnes  
dans l'agglomération franco-  
genevoise : Etude de droit  
transfrontalier**

## Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

*Auer, Andreas/* 2001  
*Delley, Jean-Daniel/*  
*Hottelier, Michel/*  
*Malinverni, Giorgio (éd.)*

**Aux confins du droit**  
Essais en l'honneur du  
Professeur Charles-Albert Morand

*Cassani, Ursula/Roth, Robert/*  
*Sträuli, Bernhard (éd.)* 2009  
**Montrer la justice, penser le droit pénal**  
Colloque en l'honneur du Professeur  
Christian-Nils Robert

*Chappuis, Christine/* 2006  
*Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)*  
**Le législateur et le droit privé**  
Colloque en l'honneur du professeur  
Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/* 1998  
*Meyer-Pritzl, Rudolf/*  
*Winiger, Bénédicte (éd.)*  
**Pacte, convention, contrat**  
Mélanges en l'honneur du Professeur  
Bruno Schmidlin

*Foëx, Bénédicte/* 2007  
*Hottelier, Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)*  
**Les recours au Tribunal fédéral**

*Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)* 2000  
**Insolence, désendettement et  
redressement**  
Etudes réunies en l'honneur de Louis  
Dallèves, Professeur à l'Université de  
Genève

*Kellerhals, Jean/* 2002  
*Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)*  
**Pour un droit pluriel**  
Etudes offertes au Professeur  
Jean-François Perrin

*Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.)* 1997

**Problèmes actuels de droit économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

*Reymond, Jacques-André* 1998

**De l'autre côté du miroir**

Etudes récentes

*Schönle, Herbert* 1995

**Droit des obligations et droit bancaire**

Etudes

*Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.)* 2006

**Droit de la consommation/  
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

*Ouvrages collectifs*

**Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique**

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

**Problèmes actuels de droit fiscal**

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

*Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/  
Bovet, Christian (éd.)* 2009

**Economie Environnement Ethique**

De la responsabilité sociale et sociétale  
Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

## Droit civil

*Baddeley, Margareta (éd.)* 2007

**La protection de la personne par le droit**

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

*Baddeley, Margareta/* 2009

*Foëx, Bénédicte (éd.)*

**La planification du patrimoine**

Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François/* 2008

*Chappuis, Christine*

**Droit de l'association**

3<sup>e</sup> édition

## Démocratie directe

*Arx, Nicolas von* 2002

**Ähnlich, aber anders**

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

*Auer, Andreas (éd.)* 1996

**Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie**

*Auer, Andreas (éd.)* 2001

**Sans délais et sans limites?**

L'initiative populaire à la croisée des chemins

**Ohne Fristen und Grenzen?**

Die Volksinitiative am Scheideweg

*Auer, Andreas/* 2001

*Trechsel, Alexander H.*

**Voter par Internet?**

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

*Delley, Jean-Daniel (éd.)* 1999

**Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/**

**Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik**

Schuler, Frank 2001  
**Das Referendum in Graubünden**  
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999  
**Kaleidoskop Volksrechte**  
Die Institutionen der direkten  
Demokratie in den schweizerischen  
Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000  
**Feuerwerk Volksrechte**  
Die Volksabstimmungen in den  
schweizerischen Kantonen 1970–1996

## Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire»,  
«Les grands juristes» et  
«Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/  
Walter, François (éd.) 1994  
**Le libéralisme genevois, du Code civil  
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998  
**Hommage à Pellegrino Rossi  
(1787–1848)**  
Genevois et Suisse à vocation  
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001  
Rossi, Pellegrino  
**Cours d'histoire suisse**

Dufour, Alfred 2003  
**L'histoire du droit entre philosophie  
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004  
Keller, Alexis (éd.)  
Stein, Peter

**Le droit romain et l'Europe**  
Essai d'interprétation historique,  
2<sup>ème</sup> éd.

Manai, Dominique 1990  
**Eugen Huber**  
**Jurisconsulte charismatique**

Monnier, Victor (éd.) 2002  
**Bonaparte et la Suisse**  
Travaux préparatoires de l'Acte de  
Médiation (1803)  
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003  
**Bonaparte, la Suisse et l'Europe**  
Colloque européen d'histoire  
constitutionnelle pour le bicentenaire  
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Quastana, François/  
Monnier, Victor (éd.) 2008  
**Paoli, la Révolution Corse  
et les Lumières**  
Actes du colloque international organisé  
à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998  
**Autonomie et démocratie dans les  
communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/  
Dufour, Alfred (éd.) 1991  
**Jacques Godefroy (1587–1652) et  
l'Humanisme juridique à Genève**  
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997  
**La responsabilité aquilienne romaine**  
*Damnum Iniuria Datum*

Winiger, Bénédicte 2002  
**La responsabilité aquilienne  
en droit commun**  
*Damnum Culpa Datum*

## Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte /  
Hottelier, Michel (éd.) 2007

### **Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier**

Foëx, Bénédicte /  
Hottelier, Michel (éd.) 2009

### **La garantie de la propriété à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle**

Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Hottelier, Michel /  
Foëx, Bénédicte (éd.) 1999

### **Les gages immobiliers**

Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel /  
Foëx, Bénédicte (éd.) 2001

### **L'aménagement du territoire**

Planification et enjeux

Hottelier, Michel /  
Foëx, Bénédicte (éd.) 2003

### **La propriété par étages**

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel /  
Foëx, Bénédicte (éd.) 2005

### **Protection de l'environnement et immobilier**

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

## Droit administratif

Bellanger, François /  
Tanquerel, Thierry (éd.) 2002

### **Les contrats de prestations**

Tanquerel, Thierry /  
Bellanger, François (éd.) 2002

### **L'administration transparente**

## Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine /  
Winiger, Bénédicte (éd.) 2005

### **Le préjudice**

Une notion en devenir  
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine /  
Winiger, Bénédicte (éd.) 2007

### **Les causes du dommage**

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine /  
Winiger, Bénédicte (éd.) 2009

### **La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel**

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Etier, Guillaume 2006

### **Du risque à la faute**

Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008

### **La responsabilité civile européenne de demain**

Projets de révision nationaux et principes européens

## **Europäisches Haftungsrecht morgen**

Nationale Revisionsentwürfe und  
europäische Haftungsprinzipien  
(Colloque international à l'Université de  
Genève)

*Winiger, Bénédicte*

2009

## **La responsabilité aquilienne au 19<sup>ème</sup> siècle**

Damnum iniuria et culpa datum



Quelle est la responsabilité du débiteur dans le cadre contemporain de l'organisation des entreprises ? Quelles en sont les limites ? En particulier, quelle est la preuve libératoire à la disposition du débiteur, notamment si l'inexécution résulte des agissements d'un auxiliaire de ce dernier ? Ou encore, dans quelle mesure le débiteur répond-il de ses animaux ou de ses machines ?

Le présent ouvrage offre des réponses à ces questions dans une optique comparative entre le droit interne suisse d'une part, et les codifications supranationales récentes d'autre part (CVIM, Principes d'UNIDROIT et Principes européens). Ces instruments d'harmonisation mettent l'accent sur la sphère d'influence et l'organisation de l'exécution par le débiteur, plutôt que sur la faute de ce dernier ou le fait d'un auxiliaire.