



Master

2019

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

L'arrêt des perroquets en droit comparé : les limites de la responsabilité contractuelle

---

Henczel, Natalia

**How to cite**

HENCZEL, Natalia. L'arrêt des perroquets en droit comparé : les limites de la responsabilité contractuelle. Master, 2019.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:150858>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 16.03.2023 01:22

# **L'arrêt des perroquets en droit comparé : les limites de la responsabilité contractuelle**

Mémoire de maîtrise présenté par

Natalia Henczel

Dans le cadre du séminaire

« Questions d'actualité en droit comparé des obligations (contractuelles ou  
délictuelles) et en droit international privé »

Sous la direction des Professeurs

Thomas Kadner Graziano et Bénédicte Winiger

Semestre de printemps 2019

*En respect de la Directive de la Faculté de droit sur le plagiat,*

*"Je déclare que je suis bien l'auteur-e de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets."*

*NOM : HENCZEL*

*Prénom : Natalia*

*Date : 29 Avril 2019*

*Signature : Natalia Henczel*

# Table des Matières

<b>Introduction</b> .....	1
<b>I. L'arrêt des <i>Perroquets</i> (ATF 133 III 257)</b> .....	2
1. Un arrêt phare en matière de responsabilité contractuelle en Suisse .....	2
i. Rappel des faits, droit suisse pertinent et décision du TF .....	2
ii. Les motifs et raisonnement du TF .....	4
iii. Un recours aux sources historiques et comparatives .....	6
2. La notion du dommage « direct » et « indirect » .....	8
i. La règle actuelle sur les dommages « directs » et « indirects » en droit suisse .....	8
ii. Les dommages « directs » et « indirects » en droit comparé.....	9
<b>II. <i>Hadley v. Baxendale</i></b> .....	11
1. Le principe de limitation des dommages de <i>Hadley v. Baxendale</i> .....	11
i. Rappel des faits et décision de la <i>Court of Exchequer</i> .....	11
ii. Futures évolutions des principes de <i>Hadley</i> .....	13
2. Aspect comparatif de l'arrêt <i>Hadley</i> et rôle du contexte .....	15
i. Un recours aux sources étrangères .....	15
ii. Le rôle du contexte .....	18
3. Proposition de résolution du cas des <i>Perroquets</i> en appliquant <i>Hadley</i> .....	19
i. Des précédents anglais pouvant servir de guide.....	19
ii. Hypothèse de résolution .....	20
<b>III. Le principe de prévisibilité dans les instruments internationaux</b> .....	21
<b>IV. Le pouvoir discrétionnaire du juge</b> .....	24
<b>Conclusion</b> .....	25
Bibliographie .....	27
Annexes .....	I

## Introduction

*Scénario des Perroquets: Un vendeur vend des perroquets à l'acheteur. Il respecte toutes les précautions requises pas la loi pour ce type de transactions. Un des perroquets est atteint d'une maladie cachée qui s'active suite à la vente. La contagion tue l'ensemble du cheptel de l'acheteur. Le vendeur en est-il responsable ?*

Un contrat de vente, la livraison d'un bien avec défaut caché, un dommage causé aux autres biens de l'acheteur. Il s'agit là d'un scénario bien connu dès les premiers échanges commerciaux. On y trouve principalement le concept de la responsabilité contractuelle et ses limitations. Un concept – qui a suscité de vifs débats tout au long de l'histoire du droit.

En effet, la maladie cachée d'un animal vendu, a déjà fait objet de la pensée juridique dans l'antiquité<sup>1</sup>. Cependant, ce cas de figure peut être assimilé à d'autres situations où un vice caché cause un dommage dans les autres biens de l'acheteur. C'est le cas par exemple d'un défaut dans le circuit électrique d'une machine vendue qui provoquerait un incendie des locaux de l'acheteur. La fréquence de ces situations place une obligation particulière sur le législateur et les tribunaux pour remédier aux situations où une partie du contrat est confrontée à un dommage souvent largement supérieur à la valeur de l'objet de ce contrat.

Les régimes juridiques de différents pays ont évolué en façonnant différents modèles de responsabilité contractuelle. Ils étaient influencés dans cette entreprise autant par les pensées culturelles locales, que par les solutions des ordres juridiques environnants. Dans la vaste majorité de ces modèles, on trouve l'idée que cette responsabilité doit avoir des limites<sup>2</sup>. Ces limitations se font surtout par l'exigence d'un lien causal suffisant entre le dommage et l'évènement dommageable (principe de causalité) ou encore par le renvoi à la possibilité de prévoir la survenance du dommage (principe de prévisibilité).

Ce travail présentera une analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse de 2007 (ATF 133 III 257) concernant la responsabilité contractuelle du vendeur d'un oiseau malade qui causa un dommage significatif à l'acheteur. Le TF y a retenu l'intensité de la chaîne causale comme

---

<sup>1</sup> REITZ, IV A. Dans la Rome Antique, les édiles curules ont publié des édits concernant les règles de commerce pour les marchés soumis à leur juridiction. Le vendeur d'animal était obligé à dévoiler au moment même de la vente les « défauts » dont il avait connaissance et souvent stipuler en même temps qu'outre les défauts déclarés, l'animal était sans défaut. Ce système d'une garantie tacite permettait à l'acheteur de réclamer des dommages intérêts ou de résilier le contrat dans un délai donné.

<sup>2</sup> Pour une étude des moyens de limitation de la responsabilité contractuelle, voir TREITEL, Günter H., Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account, Oxford University Press (1988) et plus récemment, KOMAROV, Alexander, The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments, in: Saidov, Djakhongir / Cunnington, Ralph, Contract Damages, Hart Publishing, Oxford (2008) p. 245-264.

principe déterminant l'étendue de la responsabilité (I). La partie suivante sera consacrée à une approche différente à la limitation des dommages – le principe de prévisibilité, exprimé en particulier dans l'arrêt anglais *Hadley v. Baxendale* (II). Nous examinerons ensuite la situation sur la scène internationale et plus particulièrement le modèle de limitation de responsabilité contractuelle retenu dans la CVIM<sup>3</sup> (III). Enfin, nous terminerons par un autre instrument non négligeable qui définit les limites de la responsabilité contractuelle : le pouvoir discrétionnaire du juge (IV).

## **I. L'arrêt des *Perroquets* (ATF 133 III 257)**

*“Or, le vendeur doit savoir ce qu'il vend.”<sup>4</sup>*

*Tribunal fédéral suisse (1953)*

Ce constat prononcé par le Tribunal fédéral suisse (TF) dans un arrêt datant de 1953 résonne particulièrement fort en 2007 dans l'arrêt dit « *des Perroquets* »<sup>5</sup>. Admettant une large responsabilité causale du vendeur, il a donné lieu à de vifs débats doctrinaux. Dans cette partie, nous examinerons la décision du TF et la principale source comparative citée dans l'arrêt (1). Nous verrons ensuite la notion des dommages directs et indirects pour voir comment elle est appréhendée en droit suisse et sous quelles formes se trouve dans d'autres ordres juridiques (2).

### 1. Un arrêt phare en matière de responsabilité contractuelle en Suisse

#### i. Rappel des faits, droit suisse pertinent et décision du TF

Un éleveur professionnel de perroquets acheta six perroquets amazones meuniers à un autre éleveur, pour un prix de 4'800 CHF. Le vendeur avait placé les six oiseaux en quarantaine pendant plusieurs mois. Cependant, après leur livraison et mise en élevage chez l'acheteur, les oiseaux tombèrent malades et transmièrent la maladie à l'ensemble de la volière de l'acheteur. En conséquence, presque tous les oiseaux en moururent. Des expertises démontrèrent qu'un des perroquets livrés par le vendeur était atteint du virus Pacheco. Ce virus, typique du perroquet s'est activé dû au stress du changement d'élevage et a ensuite infecté le reste des oiseaux. L'acheteur décida de résilier le contrat de vente pour défaut de la chose vendue et réclama du vendeur la restitution du prix de vente ainsi que la réparation du dommage causé par la maladie, soit 2 millions CHF en dommages-intérêts pour la valeur des oiseaux décédés. Le tribunal du

---

<sup>3</sup> Convention de Vienne sur la Vente Internationale des Marchandises (CVIM).

<sup>4</sup> ATF 79 II 376 (1953) *Cofrumi S.A. c. Transatlanta S.A.*

<sup>5</sup> ATF 133 III 257 (2007) Arrêt des *Perroquets* – voir ANNEXE 1.

district, admit que le vendeur devait restituer le prix de vente et les frais du rétablissement à l'état antérieur au dommage, mais à défaut de faute celui-ci ne devait pas réparer le dommage consécutif au défaut sous forme de la perte du reste des oiseaux. Sur recours de l'acheteur, la cour suprême cantonale annula le jugement de première instance et, constatant le caractère direct du dommage causé par la maladie des perroquets, condamna le vendeur à la réparation jusqu'à la somme des 2 millions de CHF. Le vendeur déposa alors un recours en réforme au Tribunal fédéral<sup>6</sup>.

Sur le plan juridique, nous sommes donc dans le cadre d'une action rédhitoire de l'acheteur qui fait valoir la résiliation du contrat de vente pour les défauts de la chose vendue. Les effets de cette résiliation sont régis par l'art. 208 CO. Ainsi, l'acheteur est tenu de rendre au vendeur la chose avec les profits qu'il en a tirés (alinéa 1). En contrepartie, le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé avec intérêts, les frais de procès et les impenses, ainsi que l'indemniser du dommage résultant directement de la livraison des marchandises défectueuses (alinéa 2). Par ailleurs, il doit indemniser l'acheteur de tout autre dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (alinéa 3). La disposition de l'art. 208 al. 2 CO est donc une responsabilité objective du vendeur, indépendante de la faute. Elle constitue, dans cette mesure, une exception au système général de responsabilité contractuelle prévu à l'art. 97 CO et basé sur le principe de la faute présumée<sup>7</sup>.

La délimitation incertaine entre les notions de dommage « direct » et « indirect » a fait de cet article l'un des plus controversés du Code des Obligations<sup>8</sup>. Or, cette distinction est essentielle puisqu'elle permet de délimiter les champs d'application respectifs des al. 2 et 3 de l'art. 208 CO, et donc de deux régimes de responsabilité différents : une objective et une fondée sur la faute. La jurisprudence du TF, n'y a pas apporté de réponse satisfaisante : dans un arrêt de 1953<sup>9</sup>, adoptant une approche très restrictive vu le caractère exceptionnel de 208 CO par rapport à 79 CO, le TF a identifié le dommage direct au *damnum emergens* (dommage effectif) et le dommage indirect au *lucrum cessans* (gain manqué). Dans la doctrine, la confusion était accentuée par des recours à différentes catégorisations du dommage (direct/indirect, *damnum emergens/lucrum cessans*, intérêt positif/intérêt négatif)<sup>10</sup>. La majorité des auteurs considérait

---

<sup>6</sup> ATF 133 III 257, SJ 2007 I, p.461-462.

<sup>7</sup> CORO, VENTURI/ZEN-RUFFINEN, p. 1448. 9.

<sup>8</sup> CORO, VENTURI/ZEN-RUFFINEN p. 1448. (10). ; voir aussi : Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux* (3 éd., Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 115, cité dans : SCHÖNLE p. 23.

<sup>9</sup> ATF 79 II 376, *Cofrumi S.A. c. Transatlanta S.A.*, consid. 3.

<sup>10</sup> Sylvain Marchand parle de « confusion malheureuse » dans la doctrine avec les concepts de l'intérêt négatif et positif. (MARCHAND, p. 558 §32).

pourtant que la distinction du dommage direct et indirect devait se fonder sur l'intensité (« *Intensität* ») du lien de causalité entre le défaut et le dommage<sup>11</sup>.

En décidant l'arrêt des *Perroquets*, le TF a tranché la controverse dans le sens de la doctrine majoritaire et admit l'intensité du lien de causalité comme méthode déterminant le caractère direct ou indirect du dommage. Selon le TF, le vendeur était ainsi objectivement responsable de la mort du cheptel de l'acheteur, considéré comme dommage direct.

## ii. Les motifs et raisonnement du TF

Dans son raisonnement, le TF analyse les deux derniers alinéas de l'article 208 CO successivement sous l'angle de l'interprétation littérale, historique, systémique et téléologique.

Commençant par l'aspect littéral, le TF constate que la norme de l'art. 208 al. 2 CO englobe les dommages causés aux biens de l'acheteur par les défauts de la marchandise, dans la mesure où ces dommages se trouvent dans un rapport de causalité directe avec le défaut (qui sont la conséquence directe de l'évènement dommageable sans autres causes intervenantes)<sup>12</sup>.

L'analyse historique<sup>13</sup> se fait en deux temps : d'une part par un renvoi comparatif au droit français et d'autre part par un rappel de l'évolution historique de la disposition de l'art. 208 dans le Code des Obligations suisse. Dans le droit français, le TF reprend l'exemple donné par R. J. Pothier<sup>14</sup>, d'une vache malade qui suite à la vente contamina les autres animaux de l'acheteur ce qui lui a fait perdre son troupeau et le rendit par conséquent incapable de labourer ses champs et donc de payer ses dettes<sup>15</sup>. Pothier conclut que le vendeur, même de mauvaise foi, ne sera tenu que des dommages pour la vache et le reste du troupeau, mais pas des autres dommages plus éloignés. Le TF rappelle également que sur la base de cette doctrine du droit commun, les articles 1150 et 1151<sup>16</sup> du Code Civil français (aCCfr) ont limité la responsabilité contractuelle du débiteur pour non-exécution de contrat aux dommages qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est pas par son dol que l'obligation ne s'est point exécutée (art. 1150 aCCfr). Même en cas de dol, la réparation était limitée au dommage qui est une « suite immédiate et directe » de l'inexécution (art. 1151 aCCfr). Retournant ensuite vers le droit suisse, le TF analyse l'évolution historique de la disposition de

---

<sup>11</sup> Pour un résumé des différentes approches en doctrine voir CORO, VENTURI/ZEN-RUFFINEN, p. 1448-1449. 10. ; et ATF 133 III 257 SJ 2007 I 463 consid. 2.2 et 2.3 avec sources citées.

<sup>12</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 463 consid. 2.5.1.

<sup>13</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 463 consid. 2.5.2s.

<sup>14</sup> Robert-Joseph Pothier (1699-1772) juriste français du XVIIIe siècle et principale influence du Code Civil de 1804, dit « Code Napoléon ».

<sup>15</sup> L'exemple cité par le TF est tiré de POTHIER, *Traité des Obligations*. §166s. p. 73.

<sup>16</sup> Après la réforme du Code civil en 2016, respectivement les articles 1231-3 et 1231-4 CCfr.

l'art. 208 du CO. Il rappelle ici le Code de droit privé du canton de Zurich de 1855 (PGB)<sup>17</sup>, qui prévoyait au §1004 PGB qu'en cas de faute légère le débiteur ne répondait que de l'intérêt direct<sup>18</sup>. Rédigées sur la base des articles 1150 aCCfr et §1004 PGB, les dispositions générales de l'ancien Code des Obligations de 1881 (« aCO ») limitaient la responsabilité contractuelle, en cas de faute légère, au dommage qui pouvait être prévu comme conséquence directe de l'inexécution au moment de la conclusion du contrat (116 al. 1 aCO). En cas de résolution du contrat de vente, une responsabilité objective du vendeur était prévue pour le dommage découlant directement de la livraison de la marchandise défectueuse (art 253 aCO). La majorité de la doctrine se basait alors sur l'intensité du rapport de causalité pour distinguer le dommage direct et indirect<sup>19</sup>. Le TF note que dans la révision du CO en 1911, le législateur a délibérément choisi de conserver une responsabilité objective pour les dommages directs causés par la livraison de la marchandise défectueuse, malgré les difficultés de délimitation.

Abordant ensuite une interprétation systématique, le TF constate qu'au vu des alinéas 1 et 2 de l'art. 208 CO, l'acheteur doit restituer la chose au vendeur, qui doit alors restituer à l'acheteur le prix de vente. Le dommage lié au défaut et affectant la chose elle-même est donc de toute façon supporté par le vendeur, et ne peut donc constituer le dommage direct mentionné à l'alinéa 2 de l'art. 208 CO. De plus, la rédaction de l'art. 208 al. 2 CO et de l'ancien art. 253 aCO suggère que la réparation du dommage résultant directement de la livraison de la marchandise défectueuse est due en plus de celle des frais de procès et impenses<sup>20</sup>. Il s'agirait donc d'un dommage consécutif au défaut qui ne se confond pas avec lui, entre autres d'un dommage causé aux autres biens de l'acheteur (*Mangelfolgeschaden*).

Enfin, la disposition aurait pour but d'assurer la réparation du dommage directement causé par le défaut<sup>21</sup>. Un dommage direct, au sens de l'art. 208 al. 2 CO, serait ainsi un dommage directement causé par la livraison de marchandises défectueuses, sans le concours de nouvelles causes. La délimitation dans chaque cas d'espèce est laissée à l'appréciation du juge.

Le TF conclut que la délimitation entre le dommage direct et indirect doit se faire selon l'intensité du lien de causalité. Dans le cas des *Perroquets*, ce lien a été considéré comme particulièrement fort : le déménagement étant une conséquence nécessaire de la vente, aurait causé directement le stress chez les oiseaux vendus, qui auraient alors développé la forme active de la maladie et infecté les perroquets de l'acheteur. Aucune cause additionnelle n'intervenait

---

<sup>17</sup> Code de droit privé du canton de Zurich rédigé par Bluntschli en 1855 (*Privatrechtliches Gesetzbuch*).

<sup>18</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 468 consid. 2.5.2 avec références citées.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 469-470. consid. 2.5.3. ; Voir aussi CORO, VENTURI/ZEN-RUFFINEN, p. 1446. 3.

<sup>21</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 470-471. consid. 2.5.4.

dans cette chaîne causale. De ce fait, le TF a affirmé la décision dans l'arrêt attaqué et admis la grande liberté d'interprétation laissée au juge par le législateur dans l'appréciation des dommages directs et indirects.

### iii. Un recours aux sources historiques et comparatives

Imposant une solution extrêmement dure pour le vendeur, l'arrêt des *Perroquets* a été vivement commenté par la doctrine suisse. La critique principale se référait à la responsabilité objective imposée au vendeur qui irait à l'encontre du principe général de la faute présumée (art. 97 CO). Le TF aurait ainsi par libre interprétation du juge élargi au-delà de la lettre de la loi le sens de l'alinéa 2 de l'article 208 CO, qui ne serait qu'une *lex specialis* par rapport au 97 CO et devrait donc être interprété restrictivement. Le critère de l'intensité du lien de causalité était également critiqué pour son caractère imprécis, pouvant mener à une insécurité juridique<sup>22</sup>. Une critique particulièrement intéressante, élaborée par Pascal Pichonnaz, concerne les sources historiques que le tribunal prend en considération, notamment les écrits de Pothier.

Rappelons ici brièvement les propos de Pothier sur les dommages. Dans le *Traité des Obligations*, Pothier s'intéresse entre autres aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations. Il y illustre ses propos par des exemples casuistiques, très imagés, dont un qui ressemble beaucoup à l'état des faits de l'arrêt des *perroquets* et qui a été rappelé par le TF<sup>23</sup>: un vendeur vend une vache malade à l'acheteur en lui dissimulant la maladie, la vache infecte ensuite le reste du troupeau de l'acheteur lui faisant perdre ses bêtes<sup>24</sup>. Pothier affirme que le vendeur, étant de mauvaise foi, serait alors responsable non seulement des dommages pour la mort de l'animal malade, mais aussi pour la perte de toutes les autres bêtes de l'acheteur. Toutefois, il ne serait pas responsable, malgré son dol, d'un dommage plus éloigné dans la chaîne causale – par exemple si l'acheteur ne pouvait plus alors cultiver son champs, ce qui lui a causé des pertes financières telles qu'il n'a pas pu payer ses créanciers, entraînant une saisie de ses biens<sup>25</sup>. Ces dommages, dit Pothier, ne sont qu'une suite éloignée du dol et peuvent avoir d'autres causes. Ils doivent donc être exclus des dommages dont peut être responsable le débiteur, même en cas de dol. En effet, dans plusieurs passages de Pothier, nous retrouvons cette idée que le débiteur ne devrait pas être tenu responsable de tous les dommages subis par l'acheteur. Comme limitation principale, Pothier propose une règle fondée sur la prévisibilité : « Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, (...) [il] n'est tenu que des dommages et

---

<sup>22</sup> Pour un résumé des critiques doctrinales, voir CORO, VENTURI/ZEN-RUFFINEN p. 1450. 12.

<sup>23</sup> ATF 133 III 257 SJ 2007 I 463 consid. 2.5.2. et 471-472 consid. 3.2.

<sup>24</sup> POTHIER, §166.

<sup>25</sup> POTHIER, §167.

intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation ; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci. »<sup>26</sup>.

Dans une doctrine critique de l'arrêt, le Professeur Pichonnaz considère que l'exemple de Pothier ne s'appliquerait pas au cas de figure des *Perroquets*. Il reproche au TF d'avoir séparé la source de l'obligation de réparer le dommage du contrat. Dans le cas où le vendeur connaissait le défaut et n'en a pas informé l'acheteur, il devrait être tenu de tous les dommages, puisque la base de son obligation n'est plus le contrat, mais « la violation de l'obligation (...) de ne commettre aucun dol ». Dans l'exemple de la vache malade de Pothier, s'agissant d'un cas impliquant le dol du vendeur, la mort du reste du troupeau serait l'exemple d'un dommage indirect<sup>27</sup>. L'approche du Code Civil français serait une compréhension correcte des propos de Pothier, introduisant la limite des dommages prévisibles par le vendeur, et même en cas de dol à ce qui est une « suite immédiate et directe » ce qui rétablit le lien entre l'obligation de réparer et la promesse<sup>28</sup>. De même, la prévisibilité comme limite de la responsabilité contractuelle, était formulée également à l'art. 116 aCO<sup>29</sup>, mais suite à la fusion de cet article avec l'art. 43 CO, l'utilisation de la prévisibilité pour délimiter le dommage en fonction du cadre contractuel a été abandonnée dans la pratique<sup>30</sup>. Pichonnaz estime que l'arrêt des *Perroquets* introduirait même « une sorte de responsabilité des faits des produits »<sup>31</sup>. Or, ce type de responsabilité repose sur un principe délictuel. Ainsi, une interprétation large du dommage direct telle que retenue par le TF irait au-delà de la promesse du vendeur, d'autant plus que celui-ci, ne pouvait faire rien pour éviter le risque<sup>32</sup>.

Les remarques du Professeur Pichonnaz semblent s'appuyer sur l'hypothèse que dans le droit français, la prévisibilité est le test principal qui permet la délimitation entre les dommages directs et indirects. Il existe, cependant, un autre point de vue selon lequel le droit français n'utiliserait non pas une mais deux méthodes de limitation des dommages : le test de causalité et la prévisibilité<sup>33</sup>. En effet, si les articles 1231-2 à 1231-4 CCfr reflètent bien la pensée de Pothier, nous devrions analyser l'exemple de la vache malade sous l'angle de l'art. 1231-4 CCfr. Selon cette disposition, même en cas de dol, le vendeur ne répondra que de la « suite immédiate et directe » de son inexécution. Or, Pothier dit au §166 que le vendeur de la vache malade devra réparer le dommage causé non seulement à la vache, mais aussi au reste du

---

<sup>26</sup> POTHIER, §160.

<sup>27</sup> PICHONNAZ, *Defective Goods and Consequential Losses*, p. 830.

<sup>28</sup> PICHONNAZ, *L'obligation de réparer issue du contrat*, p. 410 ; PICHONNAZ, *Le dommage contractuel*, p. 38 ss.

<sup>29</sup> PICHONNAZ, *Le dommage contractuel*, p.59-60 ; article 116 aCO voir ANNEXE 2.

<sup>30</sup> PICHONNAZ, *Le dommage contractuel*, p. 60.

<sup>31</sup> PICHONNAZ, *Le dommage contractuel*, p. 54.

<sup>32</sup> PICHONNAZ, *Defective Goods and Consequential Losses*, p. 834.

<sup>33</sup> TREITEL, §140 p. 167.

troupeau de l'acheteur. On a ici une désignation de ce qui est une suite directe indépendamment du degré de faute. En transposant cela au cas des *Perroquets*, le TF aurait donc à juste titre cité Pothier comme autorité en appui de sa décision de considérer la mort du cheptel entier de l'acheteur comme un dommage direct. Notons que pour la disposition de l'art. 208 CO, la seule détermination de l'aspect direct ou indirect a une importance. On n'y trouve pas de règle de prévisibilité similaire à la disposition française. Le TF a donc cherché la réponse à la question centrale de ce qui constitue un dommage direct et Pothier lui en a fourni un indice.

Demeure cependant la question de savoir si l'approche du TF, à savoir le recours comparatif à une partie seulement du « test » de limitation des dommages tel qu'il existe en droit français, est pertinente et mène à un résultat « juste » à la lumière du droit suisse.

## 2. La notion du dommage « direct » et « indirect »

### i. La règle actuelle sur les dommages « directs » et « indirects » en droit suisse

Sylvain Marchand remarque que les termes de dommages « directs », « indirects » et « subséquents » ne sont en pratique que peu utilisés dans le droit suisse, et se retrouvent dans des cadres légaux spéciaux tels que la responsabilité contractuelle (notion de dommage réfléchi), le droit des sociétés (responsabilité des administrateurs), en droit des assurances et enfin, comme on l'a vu, en droit de la vente (la responsabilité du vendeur pour défauts)<sup>34</sup>. Dans ce dernier cadre, la décision des *Perroquets* a le grand mérite d'avoir tranché la controverse en posant une règle claire de distinction entre dommages directs et indirects : celle-ci dépendrait de l'intensité du lien de causalité entre le défaut et le dommage. Un dommage direct ne résulterait que du défaut de la chose vendue, alors qu'un dommage indirect serait le résultat d'une conjonction de causes diverses (dont le défaut)<sup>35</sup>. Selon Herbert Schönle, la responsabilité causale du vendeur pour le dommage direct de l'art. 208 al. 2 CO est spécifique au droit helvétique<sup>36</sup>. Il affirme qu'« aucune indulgence envers le vendeur n'est prévue dans l'art. 208 al. 2 CO, norme inconnue dans d'autres législations ».

---

<sup>34</sup> MARCHAND p. 545.

<sup>35</sup> MARCHAND p.559 §34. « Cet arrêt remet à juste titre et fort heureusement la distinction entre dommage direct et indirect au niveau de la causalité (...). On ne peut donc qu'approuver ce changement de jurisprudence, même si le critère retenu par le [TF] reste souvent difficile à mettre en œuvre (...). ».

<sup>36</sup> SCHÖNLE p. 23 ; même idée dans SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 44.145 p. 609 « This approach appears, although rooted in French law, to be a specialty of domestic Swiss law. ».

## ii. Les dommages « directs » et « indirects » en droit comparé

Dans le droit comparé, on remarque que l'idée de distinguer les dommages selon leur proximité à la cause du dommage est très répandue. En effet, la distinction entre dommages directs et indirects existe dans la vaste majorité des systèmes juridiques, mais peut prendre différentes formes<sup>37</sup>.

Le système français base la distinction principalement sur le test de causalité<sup>38</sup>. A l'article 1231-4 CCfr, on retrouve la notion de dommage direct dans l'expression « une suite immédiate et directe de l'inexécution ». Cette formulation présupposerait l'existence d'un lien de causalité direct et immédiat entre l'inexécution et le dommage. Cependant, cette notion de dommage direct en droit français demeure relative et crée des difficultés d'interprétation<sup>39</sup>. Il reviendra souvent au juge d'établir la distinction selon les circonstances d'un cas concret. La prévisibilité interviendrait ensuite pour délimiter l'étendue du dommage réparable. Cette approche serait aussi adoptée dans les pays européens directement influencés par le système français (tels que l'Espagne et l'Italie)<sup>40</sup> ainsi que dans les systèmes ibéroaméricains<sup>41</sup>.

Les pays de la Common Law s'appuient dans cet aspect sur le test de prévisibilité (« *foreseeability* ») lié à la doctrine de « *remoteness* » (éloignement du dommage)<sup>42</sup>. Probablement originaire du système français, ce test a été établi dans le droit anglais avec notamment l'arrêt *Hadley v. Baxendale* (qui sera l'objet de la seconde partie de ce travail). Dans *Hadley*, les conséquences naturelles et nécessaires de l'inexécution (que l'on pourrait qualifier de directes) seront toujours prévisibles et donc recouvrables.

Le système allemand rejette clairement la prévisibilité<sup>43</sup> et utilise le critère du lien de causalité adéquate<sup>44</sup>. Ainsi, le débiteur répond du dommage causé par son inexécution, si le lien de causalité entre ce dommage et le défaut est suffisamment fort. Basé sur cette approche, le droit polonais utilise également la causalité adéquate pour déterminer l'étendue de la réparation à laquelle l'acheteur aura droit<sup>45</sup>. Les termes de dommage direct et indirect apparaissent surtout dans le contexte du « dommage par ricochet ». Ainsi il est considéré que le dommage causé à

---

<sup>37</sup> SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.138 p. 607. Dans la note 284, cite entre autres les dispositions d'Argentine (519 CC), Bolivie (344 CC), Brésil (402 CC), Chili (1556 CC), Colombie (1613 CC), Mexique (2108 CC), et Uruguay (art. 222 Com.C.); voir aussi pour les systèmes CHI et COL, OVIEDO-ALBÁN I.C. p. 252-253.

<sup>38</sup> SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.141 p. 608 ; voir aussi TREITEL, §127 p. 150 et §141 p. 169.

<sup>39</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK p. 516 §963 ; TREITEL, §140 p.167.

<sup>40</sup> Art. 1223 Codice Civile (It.) et Art. 1107 Código Civil (Esp.).

<sup>41</sup> SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.142 p. 608 avec note 292.

<sup>42</sup> SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.147. et §44.170.

<sup>43</sup> TREITEL §138 p.164 L'histoire législative du BGB montrerait aussi le rejet intentionnel de la prévisibilité.

<sup>44</sup> TREITEL §129 p. 153 et §137 p. 162; SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.143 p. 608 ; voir aussi §280, §276 BGB

<sup>45</sup> Art. 361 KC et 471 KC (Code Civil polonais).

l'acheteur, comme partie au contrat, sera toujours qualifié de direct, du moment où il reste en lien de causalité adéquat avec la mauvaise exécution par le vendeur<sup>46</sup>.

Il est intéressant de noter que les termes de dommages direct et indirect sont présents dans les lois relatives à la vente des pays nordiques (à l'exception du Danemark). Ainsi le *Sale of Goods Act* de Suède au §67 donne une liste exemplative de dommages qualifiés d'indirects<sup>47</sup>. Ces dommages, contrairement aux dommages directs qui suivent le principe de la *strict liability*, requièrent une preuve de négligence ou de non-conformité avec la garantie expresse faite par le vendeur. Pourtant, la distinction demeure problématique et se base souvent sur la règle de prévisibilité<sup>48</sup>. Les dommages affectant les biens de l'acheteur autres que le bien faisant objet de la vente ont été exclus du champ du §67<sup>49</sup>. Les lois de Norvège, d'Islande et de Finlande<sup>50</sup>, contiennent une disposition similaire, mais comprennent les dommages aux autres biens de l'acheteur dans la liste des dommages indirects. Jan Ramberg explique que cette législation avait une motivation pratique : vu la fréquence des clauses d'exclusion de responsabilité pour les « dommages indirects », les commerçants étaient intéressés à avoir une base légale claire pour identifier ces dommages<sup>51</sup>. Les parties ont, cependant, la liberté de déterminer les dommages indirects de manière différente dans leur contrat.

Le Code Civil du Japon aurait délibérément refusé les termes de direct et indirect qui prêtaient à confusion par leur caractère imprécis, leur préférant une interprétation du dommage évaluée selon la chaîne causale et la règle de prévisibilité<sup>52</sup>. De même, en droit chinois, il est conseillé d'éviter les termes de dommage « direct » et « indirect ». Chaque dommage devrait être « direct » au sens qu'une relation causale directe doit exister entre la violation du contrat et le dommage. Ainsi les seules notions qui pourraient être utilisées en droit des contrats chinois seraient celles d'un dommage causé directement ou indirectement (« *directly or indirectly caused damage* »)<sup>53</sup>.

Enfin, la faute semble être le critère choisi dans les pays du Moyen-Orient, qui font dépendre l'ampleur du dommage direct (et donc réparable) du degré de la faute du débiteur<sup>54</sup>.

---

<sup>46</sup> PIETRZYKOWSKI, *Komentarz* (2018) Art. 361. §57-61 ; voir aussi BANASZCZYK p. 28ss. Un dommage indirect pourrait intervenir dans les cas des *pacta in favorem tertii* ou dans le cadre du droit des sociétés où la partie au contrat est la société anonyme, mais un dommage est subi par un actionnaire.

<sup>47</sup> *Sale of Goods Act* (SGA) de Suède §67 2<sup>e</sup> phrase.

<sup>48</sup> RAMBERG, *Vanishing*, p.261; SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.149 p. 609 et §44.170 p. 614.

<sup>49</sup> SGA SWE §67 2<sup>ème</sup> phrase.

<sup>50</sup> SGA de Norvège §67 (2) lit. d. ; SGA d'Islande Art. 67 lit. d. ; et SGA de Finlande Sect.67 §2 (4).

<sup>51</sup> RAMBERG, *Vanishing*. p. 260.

<sup>52</sup> AHN, note 22.

<sup>53</sup> HERBOTS, §95.

<sup>54</sup> SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.148 p. 609.

L'utilité de la distinction se voit surtout au niveau de la pratique contractuelle des clauses limitant la responsabilité des parties à certains postes du dommage. Dans les cas où le défaut a causé des dommages aux autres biens, cette distinction déterminera souvent le succès de l'action de l'acheteur.

En somme, l'arrêt des *Perroquets* apporta une clarification importante concernant la délimitation entre les dommages directs et indirects. Malgré des voix critiques, il est actuellement un arrêt phare du droit suisse en matière de responsabilité contractuelle du vendeur en cas de l'action rédhibitoire intentée par l'acheteur.

## II. *Hadley v. Baxendale*

*“You'll have to show, did Pickfords know (...). Could it foresee that the mill was stopped? If not, you're out of luck. With your own losses you'll be stuck. And next time you better- Have a spare ... »<sup>55</sup>*  
*Franklin G. Snyder*

On ne peut s'imaginer une réflexion sur la responsabilité contractuelle dans le monde du Common Law sans s'attarder sur le fameux arrêt anglais *Hadley v. Baxendale*, rendu par la *Court of Exchequer* en 1854. En effet, il eut une forte influence sur l'ensemble des ordres juridiques de la Common Law et reste encore aujourd'hui une décision vivement commentée du droit anglais<sup>56</sup>. Dans cette partie nous verrons premièrement les faits et la fameuse décision de *Hadley v. Baxendale* (1), pour ensuite remarquer sur les aspects comparatifs de l'arrêt et l'influence du contexte socio-économique sur la décision (2). Enfin, nous terminerons par une tentative de résolution du cas des *Perroquets* en appliquant la règle forgée dans *Hadley* (3).

### 1. Le principe de limitation des dommages de *Hadley v. Baxendale*

#### i. Rappel des faits et décision de la *Court of Exchequer*

Dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*<sup>57</sup>, le demandeur, Hadley, était opérateur d'un moulin dans la ville de Gloucester. Suite à la rupture d'une part du mécanisme du moulin, il s'est avéré

---

<sup>55</sup> Franklin G. Snyder, *The Shaft: The Hadley v. Baxendale Song*, 11 Tex. Wesleyan L. Rev. 239 (2005) (to the tune of Bob Dylan's *Like a Rolling Stone*).

<sup>56</sup> La décision a été notamment le sujet principal de la conférence « *The Common Law of Contracts as a World Force in Two Ages of Revolution* » organisée à l'Université de Gloucestershire, en Juin 2004, pour marquer le 150<sup>ème</sup> anniversaire de *Hadley v. Baxendale*. (11 Tex. Wesleyan L. Rev. [v] (2004-2005).

<sup>57</sup> *Hadley v. Baxendale*, [1854] EWHC Exch J70 (ANNEXE 5).

nécessaire de commander une nouvelle pièce chez le fabricant du mécanisme ayant son siège à Greenwich. Celui-ci avait besoin de la part endommagée pour pouvoir l'utiliser comme modèle. L'opérateur du moulin a donc contracté une entreprise de transport Pickford & Co. (représenté dans l'affaire par son directeur général, J. Baxendale<sup>58</sup>) pour transporter la pièce brisée jusqu'au fabricant, puis de ramener la nouvelle pièce jusqu'au moulin. Le transporteur causa, par négligence, un important retard dans la livraison de la pièce brisée au fabricant, ce qui entraîna un retard additionnel dans la livraison au moulin. Or, pendant toute la période en question, le moulin était arrêté du fait du manque d'une pièce de remplacement. Hadley a donc souffert d'importants gains manqués. Il décida de poursuivre le transporteur en justice en réclamant des dommages et intérêts pour la période additionnelle où le moulin ne pouvait plus fonctionner.

Il est important de préciser ici que le droit anglais reconnaît une responsabilité contractuelle objective « *strict liability* ». On considère que chaque contrat contient une garantie implicite de bonne exécution. Ainsi, la partie qui n'exécute pas (ou exécute mal) son obligation contractuelle est responsable du simple fait de cette inexécution<sup>59</sup>. Ce principe est mitigé par la doctrine de l'éloignement du dommage ou « *remoteness* »<sup>60</sup>. Selon cette doctrine, les dommages dont la partie en défaut devrait répondre ne peuvent pas être trop éloignés de la cause du dommage. Cependant, avant *Hadley*, il n'existait pas de test concret qui permettrait l'évaluation de cet éloignement dans chaque cas précis.

Lorsque l'affaire de *Hadley v. Baxendale* monta à la *Court of Exchequer*, les juges ont dû décider des limites de la responsabilité du transporteur. Ils ont alors rendu un fameux arrêt qui posa enfin une règle de limitation de la responsabilité contractuelle : « *the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.* » Les principes énoncés, souvent appelés les « deux branches » (*two limbs*) de *Hadley v. Baxendale*, divisent les dommages recouvrables par la partie lésée, en deux catégories. D'une part, les dommages étant la conséquence naturelle, dans l'ordre normal des choses, de la mauvaise exécution elle-même. Ceux-ci peuvent être dans tous les cas réclamés par la partie lésée. D'autre part, les autres dommages, ne découlant pas de l'ordre normal des

---

<sup>58</sup> Baxendale était personnellement responsable pour son entreprise non incorporée (FAUST, p. 45).

<sup>59</sup> Principe énoncé notamment dans le cas *Nicolene Ltd v. Simmonds* (1952) « *What matters is the fact of performance* ». voir KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials and Exercises*, p. 357-358; Sale of Goods Act 1979 s.14 et s.53; ZWEIGERT/KÖTZ p. 503; TREITEL §126 p.148.

<sup>60</sup> MCKENDRICK, p. 855 8a.

choses, mais résultant de circonstances spécifiques, se trouvent limités. Ils ne pourront être réclamés que si les deux parties, lors de la conclusion du contrat, envisageaient ces dommages comme une suite probable d'une éventuelle inexécution<sup>61</sup>.

En appliquant cette règle dans *Hadley*, les juges anglais ont constaté que le transporteur ne pouvait pas savoir que le moulin sera arrêté tant que la nouvelle pièce ne lui sera pas retournée. La pratique des propriétaires des moulins, en ce temps, était de conserver des pièces de remplacement pour s'en servir en cas de besoin et ne pas interrompre l'activité. Le défendeur ne pouvait donc pas répondre du gain manqué que réclamait Hadley. La cour a ainsi introduit une limitation du régime de responsabilité objective aux dommages prévisibles pour les parties au moment de la conclusion du contrat, ce qui par la suite devint la « *contemplation rule* »<sup>62</sup>.

L'avantage de cette approche est un encouragement pour les parties de communiquer et s'informer de leur situation<sup>63</sup>. Si une des parties sait qu'au vu de circonstances spéciales elle risque de subir un important dommage au cas où l'autre partie ne s'exécute pas, elle doit en informer son cocontractant au moment de la conclusion du contrat pour que celui-ci sache à quoi il s'engage et de quel dommage il pourra le cas échéant être responsable. Il pourra alors vu le risque, élever raisonnablement le prix. Cette ingéniosité pratique du principe lui a fait acquérir la renommée qui dure encore aujourd'hui.

## ii. Futures évolutions des principes de *Hadley*

Les deux branches de *Hadley v. Baxendale* ont relativement peu évolué dans la jurisprudence anglaise pendant ces 150 années. Parmi les développements importants de la règle on peut citer les cas *Victoria Laundry*, *The Heron II* et *Achilleas*.

Dans *Victoria Laundry*<sup>64</sup>, par défaut du vendeur d'une machine à laver, une lingerie n'a pas pu obtenir des contrats particulièrement lucratifs. La cour jugea que le fait que la machine était vendue à un professionnel impliquait que le vendeur devait avoir conscience des éventuels gains manqués causés par un défaut ou retard de livraison. Ces gains devaient être donc considérés comme prévisibles, mais seulement dans la mesure où il s'agissait de gains ordinaires que la lingerie aurait faits. La cour ne considère donc pas comme prévisibles pour le vendeur les éventuels gains exceptionnels, même si ceux-ci étaient très probables.

---

<sup>61</sup> Voir arrêt *Hadley v. Baxendale*, ANNEXE 5. Extrait encadré.

<sup>62</sup> FAUST p. 41 I.

<sup>63</sup> MCKENDRICK, p. 858.

<sup>64</sup> *Victoria Laundry (Windsor) v Newman Industries* [1949] 2 K.B. 528 (12 April 1949).

Le cas suivant, *The Heron II*<sup>65</sup>, a été décidé par la House of Lords. Le demandeur affréta le navire du défendeur pour transporter un cargo de sucre, destiné à être vendu à la destination. Le vaisseau subit un retard et, entre temps, le prix du sucre avait chuté. Le marchand réclama des dommages pour la différence avec le prix auquel il aurait vendu son sucre si le navire était arrivé à la date convenue. La cour décida à l'unanimité que la chute du prix n'était pas une conséquence trop éloignée et donc était prévisible<sup>66</sup>.

Enfin, le cas récent *Achilleas*<sup>67</sup> est l'autorité actuelle sur le principe de « *remoteness* ». Sans faute des affréteurs, le navire a été retardé sur le chemin du retour tel que le propriétaire ne pouvait pas le remettre en date convenue à l'affréteur suivant. Ce dernier accepta le navire malgré le retard mais renégocia alors une forte baisse du prix. Le propriétaire réclama des premiers affréteurs des dommages pour la différence entre le prix renégocié dans ce second contrat et le prix avantageux qu'il aurait obtenu s'il avait remis le navire à temps. La House of Lords, confirma l'idée de la « *contemplation rule* », considérant que la connaissance des circonstances spéciales par les deux parties est décisive pour déterminer le risque accepté par le vendeur dans le contrat. Le défendeur aurait dû prévoir que le propriétaire affréterait le navire de suite à un autre affréteur, mais pas que le prix serait particulièrement lucratif. Il serait donc responsable de la différence du prix négocié avec le prix moyen sur le marché<sup>68</sup>.

La solution de *Hadley* a rapidement étendu son champ d'application aux autres types de contrats et influença dans une large mesure plusieurs ordres juridiques. En tant qu'exemples nous pouvons citer notamment les Etats Unis<sup>69</sup> et l'Australie<sup>70</sup>, mais également les droits d'Israël, Ecosse et d'Afrique du Sud<sup>71</sup>. Notamment, le Professeur américain Grant Gilmore l'a décrit comme une étoile brillante du firmament jurisprudentiel<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> C Czarnikow Ltd v Koufos (*The Heron II*) [1967] UKHL 4 (17 October 1967).

<sup>66</sup> Une partie du jugement est également dédiée au fonctionnement du principe de « *remoteness* » dans les cadres contractuel et délictuel. Voir aussi TREITEL §132 p. 157.

<sup>67</sup> *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48 (9 July 2008).

<sup>68</sup> MCKENDRICK, p. 876-880; GOLDBERG p. 108s.

<sup>69</sup> Repris dans la case-law (e.g. *Primrose v Western Union Tel Co*, [1894] 154 US 1 ; *Satef-Huttenes Albertus SpA v Paloma Tercera Shipping Co SA (The Pegase)* [1981] 1 Lloyd's Rep 175 ; *Sinclair Refining Co v. Hamilton & Dotson*, [1935] 164 Va. 203, 178 S.E. 777 ; et dans le *Restatement 2<sup>nd</sup> of Contracts* §351 (voir ANNEXE 12).

<sup>70</sup> BARNETT/HARDER p. 122 et note 193. La règle de *Hadley* a été adoptée à de nombreuses occasions par la High Court of Australia: *Burns v MAN Automotive (Aust) Pty Ltd* [1986] 161 CLR 653 ; *Commonwealth v Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64 ; *Baltic Shipping Company v Dillon* [1993] 176 CLR 344.

<sup>71</sup> FERRARI, *Ruminations*, p. 1266 IV. A.

<sup>72</sup> G. Gilmore dans *The Death of Contract* 83 (1974) « *Hadley v. Baxendale* is still, and presumably always will be, a fixed star on the jurisprudential firmament », dans BARNES p. 628.

## 2. Aspect comparatif de l'arrêt *Hadley* et rôle du contexte

### i. Un recours aux sources étrangères

L'aspect intéressant de l'arrêt *Hadley* est sa qualité comparative. Dans les mots du juge Tom Bingham, bien qu'il soit souvent cité comme illustre invention de la Common Law, l'arrêt lui-même puise fortement dans les sources étrangères de l'époque telles que les œuvres de Pothier, le Code Civil français, les *Commentaries* de Kent et le *Treatise on the Measure of Damages* de Sedgwick<sup>73</sup>. En effet, le principe de prévisibilité n'était probablement pas une invention de la Common Law<sup>74</sup>.

La majorité des spécialistes du droit anglais et américain considère que la source d'inspiration des principes de l'arrêt *Hadley* était le droit civil français et les œuvres de Pothier<sup>75</sup>. La traduction du *Traité des Obligations* de Pothier a été publiée aux Etats Unis en 1802 et en Angleterre en 1806 et étudiée minutieusement tant par les juristes que par les juges<sup>76</sup>. Sur le continent, ses idées étaient largement incorporées dans le Code Civil français qui influença ensuite plusieurs ordres juridiques tels que la Belgique, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et la Suisse (dont l'ancien Code des Obligations prévoyait la règle de prévisibilité des dommages)<sup>77</sup>. Dans la Common Law, la pensée de Pothier a influencé les auteurs de plus grands commentaires de droit anglais et américains – tels que Chapman, Kent et Sedgwick<sup>78</sup>. Ce dernier en particulier, a souvent cité Pothier dans ses œuvres et a ensuite été à son tour cité comme référence dans l'argumentation de la cour dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*. L'arrêt mentionne effectivement à deux reprises des extraits de Sedgwick en particulier ses propos concernant la prévisibilité des dommages: « *It is sometimes said, in regard to contracts, that the defendant shall be held liable for those damages only which both parties may fairly be supposed to have at the time contemplated as likely to result from the nature of the agreement, and this appears to be the rule adopted by the writers upon the civil law.* »<sup>79</sup>. De plus, lors de

---

<sup>73</sup> T. BINGHAM, *Widening Horizons- The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law* p. 5 note 20 (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) cité dans KADNER GRAZIANO, *Judges* reproduit dans KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials ...*, p. 37 ; BARNES, p. 631. « *The true civilian heritage of the Hadley rule* ».

<sup>74</sup> FERRARI, *Ruminations*, p. 1267-1268 V. cite *Sinclair Refining Co v. Hamilton & Dotson*, (164 Va. 203, 178 S.E. 777, 1935) qui reconnaît clairement le Code Napoléon et Pothier, et non *Hadley*, comme origine de la règle de prévisibilité.

<sup>75</sup> Ainsi FERRARI, *Ruminations*, p. 1267-1268 V.; FAUST, p. 43 II ; et autres auteurs des sources utilisées dans cette partie. Voir aussi pour un avis mitigé TREITEL §128 p. 152.

<sup>76</sup> BARNES, p. 633 note 37, PERILLO, p. 3.

<sup>77</sup> FERRARI, *Ruminations*, p. 1264. III. A. ; pour l'ancien Code des Obligations suisse voir I.1.ii.

<sup>78</sup> On retrouve l'idée de prévisibilité dans les œuvres de Daniel Chapman, *An Essay on the Law of Contracts* (1822), James Kent, *Commentaries on American Law* 480 (Boston, 4th ed. 1830), et Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages* 64,67 (New York, 1847).

<sup>79</sup> SEDGWICK, *Treatise on the Measure of Damages*, Chapitre III, 64.

l'audience de l'affaire, le Baron Parke remarqua que selon lui la règle pertinente semble être celle qui a été établie en France : « *The sensible rule appears to be that which has been laid down in France, and which is declared in their code-Code Civil, liv. iii. tit. iii. ss. 1149, 1150, 1151 ....* »<sup>80</sup>. Il fait ainsi une référence claire au principe de prévisibilité énoncé dans Pothier et inscrit dans le Code Civil français aux articles 1149, 1150 et 1151 aCCfr.

Cependant, le modèle français n'a pas été repris à la lettre<sup>81</sup>. Remarquons que le principe de *Hadley* est général et n'envisage pas de règle différente en cas du dol du vendeur.

La décision de *Hadley v. Baxendale* s'inscrit ainsi dans un phénomène plus général du XIXe siècle, où le développement du droit anglo-américain se faisait par une absorption des idées présentées dans des grands traités juridiques, eux-mêmes influencés fortement par le droit civil<sup>82</sup>, en particulier le droit français.

Il faut souligner que la forte influence de Pothier sur la Common Law ne se limite pas à la question des dommages. Comme le constate le Professeur Perillo, on la retrouve dans plusieurs branches différentes du droit<sup>83</sup>. Pour en rester au droit des contrats, il a formulé plusieurs règles touchant par exemple à la conclusion du contrat (l'offre et son acceptation)<sup>84</sup>, la peine contractuelle<sup>85</sup> ou encore les clauses d'élection du droit applicable au contrat<sup>86</sup>. Certaines de ces idées montrent, selon Perillo, à quel point Pothier était un juriste avanguardiste en son temps. La clarté de son raisonnement et les principes généraux qu'il proposait pour résoudre des questions de droit, ont fait de lui une source particulièrement intéressante pour le Common Law, qui cherchait à théoriser un droit basé surtout sur une *case-law* casuistique.

Il est souvent dit que l'arrêt de *Hadley v. Baxendale* était exceptionnel du fait de la règle de prévisibilité qu'il énonçait et qu'il n'avait pas de précédents clairs dans le droit anglais<sup>87</sup>. Or, *Hadley* était probablement le résultat d'une pensée juridique en cours de développement depuis des années, plus précisément depuis que les juristes de la Common Law ont commencé à étudier l'approche de Pothier. En effet, dans certains arrêts précédant *Hadley*, les cours anglaises et américaines se sont déjà prononcées en faveur de principes ressemblant beaucoup à la prévisibilité. Il y avait une volonté de restreindre la *strict liability* et trouver une règle pour évaluer à partir de quel moment les dommages causés par la violation du contrat étaient trop

---

<sup>80</sup> Propos du Juge Parke pendant l'audience. *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145, 147 (Ex. 1854) cité dans BARNES p. 631.

<sup>81</sup> TREITEL, §128 p. 150.

<sup>82</sup> DANZIG, p. 257 ; TREITEL, §127 p.150 ; BARNES, p. 638.

<sup>83</sup> PERILLO, p. 9.

<sup>84</sup> PERILLO, p. 15.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 15 *in fine*.

<sup>86</sup> *Ibid.* p. 19.

<sup>87</sup> DANZIG, p. 254 « *Baron Alderson (...) cited no precedent and invoked no British legislative or academic authority in favor of the rule he articulated.* ».

éloignés pour être réparables. Encore ici, Pothier semble être l'inspiration principale des approches des deux côtés de l'Atlantique.

Aux Etats Unis, dans l'arrêt *Blanchard v. Ely*<sup>88</sup> rendu en 1839, donc quinze ans avant *Hadley*, les renvois au droit civil sont particulièrement clairs. Dans cet arrêt, Ely passa un contrat avec Blanchard pour la construction d'un navire à vapeur. Le navire présentait plusieurs défauts de matériaux et de construction ce qui causa des retards importants dans les voyages et la nécessité de réparations. Ely en a subi des pertes de gains importants et refusa de payer le reste de la somme due à Blanchard, qui a porté l'affaire au tribunal. En première instance, le jury a donné raison au demandeur, sans prendre en compte les pertes de gain et coûts subis par le défendeur, qui a alors fait recours. La *Supreme Court of Judicature of New York*, a évalué les précédents concernant les dommages, et constata que les cours américaines tombent, dans ce domaine, de plus en plus sur la voie du droit civil<sup>89</sup>. Cette voie n'est autre que l'idée de Pothier que les dommages réparables ne devraient être que ceux que les parties pouvaient prévoir au moment de la conclusion du contrat. Citant directement Pothier, la cour dans *Blanchard* en conclut que les gains manqués devraient donc être exclus de la réparation comme imprévisibles, à moins qu'il ne s'agisse d'une situation de dol comme l'énonce le droit français<sup>90</sup>.

En droit anglais, également, les cours étaient confrontées aux questions des dommages subséquents à une violation du contrat. La tendance au début penchait plutôt pour une *strict liability* et les jurys considéraient souvent les dommages subséquents comme réparables. En 1816 déjà, des décisions<sup>91</sup> ont condamné le défendeur à payer des « *consequential damages* ».

La cour dans *Hadley* cite entre autres deux de ces arrêts, où ces dommages subséquents ont été adjugés<sup>92</sup>. Un de ces arrêts, *Black v. Baxendale* (1847) est intéressant puisqu'il concerne le même défendeur. Dans cet arrêt, un retard dans le transport de la marchandise contraignit le demandeur à encourir des coûts additionnels afin de trouver un autre marché pour la vendre. Le jury condamna alors Baxendale à payer les dommages subis par Black. Baxendale demanda un nouveau procès, en déclarant qu'il ne savait pas que la marchandise transportée était destinée à une immédiate revente et donc ne pouvait pas prévoir ces dommages. Les juges étaient cependant réticents à empiéter sur les prérogatives du jury et ont refusé son recours<sup>93</sup>. Dans *Waters v. Towers*, deux des juges décidant ensuite *Hadley*, participèrent à une décision *per*

---

<sup>88</sup> FERRARI, *Ruminations*, p. 1265 III B.; BARNES, p. 634.

<sup>89</sup> « *on the subject in question, our courts are more and more falling into the track of the civil law (...)* » dans BARNES, p. 635.

<sup>90</sup> BARNES, p. 635.

<sup>91</sup> FAUST, p. 55; *Bridge v. Wain* [1816] 171 Eng. Rep 543 et *Lewis v. Peake* [1816] 129 Eng. Rep 61.

<sup>92</sup> FAUST p. 54 *Black v. Baxendale* [1847]. 1 Exch. 410 et *Waters v. Towers* [1853] 8 Exch. 401.

<sup>93</sup> DANZIG, p. 256.

*curiam* refusant expressément la « *contemplation rule* »<sup>94</sup>. Ainsi, nous pouvons voir que jusqu'à *Hadley*, la question du rôle de la prévisibilité dans l'évaluation des dommages contractuels demeurait très incertaine.

*Hadley* distingua les dommages réparables directs comme étant une suite naturelle de la violation de l'obligation et les dommages dits « *consequential* » réparables si la condition de prévisibilité était remplie. Son grand avantage était de proposer, enfin, une règle qui pourrait s'appliquer à un grand nombre de contrats, tout en gardant la flexibilité nécessaire pour s'adapter aux circonstances de chaque cas. Ainsi donc, malgré cette innovation, la décision fait bien partie d'une histoire de jurisprudence touchant à la question de la prévisibilité des dommages. Dans une certaine mesure, nous pouvons la voir comme un nouveau chapitre de la « *chain novel* »<sup>95</sup>, pour reprendre l'expression de Ronald Dworkin.

## ii. Le rôle du contexte

Les hésitations juridiques dans la jurisprudence précédant *Hadley* pouvaient ne pas être la seule raison pour laquelle cet arrêt a été rendu. En effet, certains auteurs considèrent que des facteurs contextuels ont pu jouer en faveur de l'arrêt *Hadley* tel qu'il a été rendu par la cour<sup>96</sup>.

Le premier facteur, déjà évoqué, semble être la nécessité de trouver un principe, une règle qui pourrait être suivie dans les futures décisions judiciaires sur les dommages. En temps de la révolution industrielle et explosion du nombre de contrats, on voulait responsabiliser les acteurs du marché en leur imposant des obligations d'information (prévenir l'autre partie des circonstances spéciales) et de prudence (p. ex. posséder une pièce de remplacement)<sup>97</sup>. Il est tout à fait remarquable que malgré des éléments suggérant que *Hadley* était une décision basée sur le *tort* plutôt que le contrat<sup>98</sup>, les juges ont passé sous silence ce détail tant leur volonté de poser une règle de prévisibilité dans le contexte contractuel était grande.

Le deuxième facteur qui a pu avoir une influence est le fait que pendant longtemps la décision sur les dommages relevait de la compétence discrétionnaire du jury. Or, au XIXe

---

<sup>94</sup> FAUST, p. 55.

<sup>95</sup> Le concept de « *chain novel* » de Dworkin se réfère au système des précédents. Il sous-entend que chaque juge « *ajoute à la tradition qu'il interprète* » en écrivant un nouveau chapitre d'un long roman, qui doit correspondre aux chapitres qui le précèdent et en même temps développer le roman pour le rendre le meilleur possible. voir DWORKIN, *Law's Empire*, p. 228s.

<sup>96</sup> DANZIG, p. 259 (révolution industrielle), p.263 (idée de la *limited liability*), et p. 264 (sur la responsabilité des transporteurs); voir aussi TREITEL, §128 p. 151.

<sup>97</sup> FAUST, p. 61.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 47-49 Le bon droit était que les actions contre les transporteurs relevaient du *tort*, étant basés sur une obligation générale de transporter les biens en sûreté et temps raisonnable. Les arguments à l'audience renforcent l'idée que l'action du demandeur avait une base délictuelle.

siècle, il y avait une insatisfaction croissante du fait de l'incertitude de ce système<sup>99</sup>. Avec *Hadley* apparaît une limitation nette du pouvoir des jurys en faveur des tribunaux : les juges pouvant désormais imposer leurs instructions sur les dommages aux jurys. C'était un développement révolutionnaire.

Un troisième facteur qui pouvait entrer en jeu était la volonté d'équilibrer la distribution des risques contractuels, en limitant la responsabilité dans certaines configurations juridiques. D'une part, il s'agissait de réduire la responsabilité de Baxendale qui répondait personnellement des obligations de sa société non incorporée et, d'autre part, une limitation semblait nécessaire dans le cas des transporteurs<sup>100</sup>.

Etant donné qu'il est difficile de séparer le droit du contexte social dans lequel il est érigé, ces facteurs ont certainement pu jouer un rôle en penchant pour la solution de limitation adoptée finalement dans *Hadley*.

### 3. Proposition de résolution du cas des *Perroquets* en appliquant *Hadley*

Il serait intéressant de voir comment le cas des *Perroquets* serait résolu par un juge anglais ayant à sa disposition *Hadley* comme le bon droit. Nous pouvons identifier dans la jurisprudence anglaise des décisions qui pourraient nous donner certaines indications.

#### i. Des précédents anglais pouvant servir de guide

Un cas qui pourrait nous guider dans la réflexion est le cas de *Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd*<sup>101</sup> de 1987. Un éleveur de cochons acheta directement au fabricant un silo pour stockage des aliments. Les employés du vendeur ont oublié d'ouvrir la fente de ventilation. L'absence de ventilation a entraîné une moisissure des aliments. En conséquence, les animaux tombèrent malades et une grande partie de l'élevage de l'acheteur en mourut. Celui-ci poursuivit alors Uttley en justice pour les dommages subis. Dans l'opinion des juges de la *Court of Appeals*, le vendeur était responsable de l'infection et le décès des animaux, qu'ils ont retenu comme une conséquence directe et naturelle de la mauvaise exécution par le vendeur. L'argument majoritaire reposait sur le principe de responsabilité du vendeur vis-à-vis celle du fabricant dans le contexte de la responsabilité du fait des produits. En effet, pour les Lords Justices, l'étendue du dommage réparable analysé selon le test de « *remoteness* » ne

---

<sup>99</sup> *Ibid.* IV 1. p. 54 et IV. 3. p. 58.

<sup>100</sup> FAUST, p. 62 V. 4. ; DANZIG, p. 263-267.

<sup>101</sup> *Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham, & Co Ltd* [1978] Q.B. 791; MCKENDRICK, p. 865-870.

devait pas varier en fonction de la base de la demande (la responsabilité délictuelle du fabricant ou un contrat). Dans une opinion minoritaire, Lord Denning proposa de distinguer entre les dommages économiques (gains manqués) et les dommages physiques (maladie et mort des animaux) dans l'emploi du test de prévisibilité. Selon lui, les dommages économiques exigeaient un degré de prévisibilité plus élevé, alors que pour les dommages physiques un faible degré serait suffisant. Ceci rendrait la réparation du dommage physique plus facile pour l'acheteur<sup>102</sup>.

Une responsabilité du vendeur pour la mort des animaux suite à un vice a également été admise dans le cas *Ashington Piggeries*<sup>103</sup>, en s'appuyant sur les principes de la garantie tacite et de la confiance de l'acheteur envers le vendeur.

## ii. Hypothèse de résolution

A mon avis, au vu de cette jurisprudence, le juge anglais examinera beaucoup plus les éléments subjectifs que ne l'a fait le TF suisse. Tout va se jouer sur le test de la prévisibilité.

Le vendeur dirait que le dommage n'était pas prévisible. Il avancerait comme argument principal le fait que l'acheteur a manqué de l'informer qu'il était lui aussi éleveur et possédait une grande volière de perroquets. Il ne pouvait donc pas prévoir l'étendue du dommage. De plus, il a respecté toutes les consignes de précautions établies par la loi en plaçant les oiseaux pendant plusieurs mois en quarantaine. Enfin, même s'il avait su que l'acheteur possédait une volière, l'existence de la maladie et ses effets est notoirement connue dans le milieu professionnel. L'acheteur pouvait donc s'attendre au risque et prendre des précautions (par exemple, ne pas placer les nouveaux oiseaux directement dans la grande volière).

Par contraste, les arguments hypothétiques de l'acheteur viseraient à prouver que le dommage était bien prévisible. La notoriété du virus faisait que les deux parties au moment de la conclusion du contrat devaient avoir en contemplation la possibilité de l'éventuelle contagion. En outre, le placement des oiseaux dans la volière était une conséquence prévisible et normale de l'achat. Enfin, il pourrait ajouter qu'il se fondait sur la confiance que le vendeur, étant professionnel, avait des animaux en bonne santé dans son offre (notion de garantie tacite) et dans le cas contraire, l'aurait informé des antécédents de maladies de ses oiseaux.

La question de preuve aura alors une grande importance.

Probablement, le juge considérera le dommage comme prévisible. Dans l'évaluation des dommages réparables, il pourra tenir compte de toutes les circonstances, et notamment du coût

---

<sup>102</sup> Référence dans *Parsons* à H. L. A. Hart and Tony Honoré, *Causation in the Law* (1959) 281-289.

<sup>103</sup> *Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd*. [1972] AC 441.

moyen des oiseaux perdus, mais pas des espèces extrêmement rares et chères (voir *Victoria Laundry, Achilleas*).

### III. Le principe de prévisibilité dans les instruments internationaux

Les instruments internationaux cherchent à identifier des règles qui seraient, dans la mesure du possible, communes à toutes les traditions juridiques. Le principe de prévisibilité (« *foreseeability* »), comme limitation de la responsabilité contractuelle, a connu un succès particulier dans ces tentatives d'uniformisation<sup>104</sup>. On le retrouve dans la Convention de Vienne sur la Vente Internationale des Marchandises (CVIM), les Principes UNIDROIT<sup>105</sup>, les Principes of European Contract Law (PECL)<sup>106</sup> et le Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>107</sup>. Pour notre analyse, nous verrons de plus près la CVIM.

La CVIM est une convention particulière<sup>108</sup>. Elle fait partie des ordres juridiques de ses pays membres et règle le droit matériel qui s'applique par défaut à la majorité des contrats de vente internationale des marchandises<sup>109</sup>. Son importance pratique est indiscutable au vu de l'ampleur toujours croissante du commerce international. Visant une approche d'uniformisation, elle se basait dans les travaux préparatoires sur des analyses juridiques comparatives approfondies.

En matière de responsabilité contractuelle, la CVIM se base sur le principe de responsabilité objective : le vendeur est responsable du simple fait de son inexécution ou mauvaise exécution du contrat (art. 45 CVIM). Sa responsabilité est donc indépendante de la faute. On remarque que l'art. 45 CVIM est basé sur le modèle de *strict liability*. En effet, dans l'avis de certains experts en droit comparé, cette approche du Common Law est à privilégier du fait qu'elle est fidèle à la réalité des contrats et constitue une meilleure politique juridique<sup>110</sup>. Il présente plusieurs avantages. Il permet tout d'abord d'indemniser l'acheteur qui est l'utilisateur final et souvent la partie qui a subi le plus de dommages dus au défaut. Il permet aussi de tracer la responsabilité pour le défaut à sa source, qu'est le fabricant. Ceci peut avoir

---

<sup>104</sup> KOMAROV, p. 259. VII. A.

<sup>105</sup> Art. 7.4.4. UNIDROIT et commentaire officiel (voir ANNEXE 10); voir aussi KOMAROV, VII.A. p. 259s.

<sup>106</sup> Art. 9:503. PECL (voir ANNEXE 10) ; voir aussi LANDO/BEALE, p. 202-204. Les PECL différencient l'étendue des dommages réparables en cas de dol du débiteur.

<sup>107</sup> Art III. - 3:703. DCFR (voir ANNEXE 10).

<sup>108</sup> MURPHEY p. 415.

<sup>109</sup> Champ d'application de la CVIM est principalement déterminé aux articles 1 et 2 CVIM. (ANNEXE 11).

Les parties peuvent cependant exclure son application par des clauses contractuelles *opt out*.

<sup>110</sup> ZWEIGERT/KÖTZ p. 513.

plusieurs effets positifs pour la société et le marché. Notamment une élimination progressive des produits défectueux du marché par l'effet dissuasif d'un régime strict de responsabilité. Ensuite, cela encourage les producteurs à veiller plus sur la qualité de leurs produits et faire plus de tests de sécurité afin de réduire les risques d'éventuelles actions en dommages-intérêts dirigées contre eux. Les producteurs pourront de ce fait augmenter les prix de production mais ils seront alors dans une position de désavantage par rapport à leurs compétiteurs. Ces aspects positifs expliquent l'attractivité particulière de ce modèle<sup>111</sup>.

Dès qu'une violation est établie, la partie lésée a alors à sa disposition les moyens de droit indiqués aux lettres a et b de l'art. 45 CVIM. La lettre b, qui renvoie aux articles 74 à 77 CVIM, est ici la plus intéressante, puisqu'elle concerne l'octroi des dommages-intérêts.

La disposition principale sur les dommages se trouve à l'art. 74 CVIM. On y trouve deux principes essentiels : le principe de la réparation intégrale et le principe de limitation de la responsabilité contractuelle par la règle de la prévisibilité<sup>112</sup>. Les commentateurs reconnaissent que celle-ci puise ses racines dans le droit français et l'arrêt *Hadley v. Baxendale*<sup>113</sup>. Comme c'est le cas dans la Common Law, l'objectif de la prévisibilité est de contrebalancer la responsabilité objective des parties<sup>114</sup>.

D'après l'art. 74 CVIM, les dommages réparables se limitent aux dommages que la partie en défaut prévoyait ou pouvait prévoir comme conséquence possible d'une violation : « *Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.* »<sup>115</sup>. D'après les commentateurs, ces dommages remplissent principalement une fonction compensatrice. Pourtant, on insiste de plus en plus sur leur rôle préventif en prenant en compte l'intérêt global qu'avait la partie lésée à l'exécution du contrat (« *performance principle* »)<sup>116</sup>.

En pratique la prévisibilité varie selon les différents types de dommages. Ainsi, les dommages directement liés à l'inexécution (« *non-performance loss* ») seront en général prévisibles. Ce sont notamment la valeur de la contre-prestation de l'autre partie, ou encore la

---

<sup>111</sup> KADNER GRAZIANO/WIEGANDT dans KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials and Exercises*, p. 374-375.

<sup>112</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §2 p. 1058.

<sup>113</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §2 p. 1058; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS §43 p. 1002; voir aussi ZELLER, p. 85ss ; FERRARI II, p. 311.

<sup>114</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §4 p. 1059.

<sup>115</sup> ANNEXE 11.

<sup>116</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §6 p. 1059.

différence de prix entre les biens fournis non conformes et les biens de qualité promise. Ce dommage doit pourtant rester dans des limites raisonnables<sup>117</sup>. De même, seront recouvrables les dommages accessoires (« *incidental loss* ») tels que les coûts liés au transport ou à la sauvegarde de la marchandise. Enfin, la prévisibilité acquiert un rôle particulier en ce qui concerne les dommages subséquents à l'inexécution (« *consequential loss* »). Le dommage causé aux autres biens de l'acheteur par la marchandise défectueuse est souvent inclus dans cette catégorie. Selon la doctrine majoritaire, ces dommages seront prévisibles sauf dans les cas où l'acheteur n'en fait pas une utilisation conforme et a causé de ce fait le dommage<sup>118</sup>.

En général, la prévisibilité est évaluée objectivement avec le critère du « *reasonable man* »<sup>119</sup>. La partie en défaut doit pouvoir prévoir non seulement le type de dommage mais aussi son étendue approximative. Si celui-ci est sensiblement plus élevé à ce à quoi on pouvait s'attendre au vu des circonstances, il sera qualifié probablement d'imprévisible.

On remarque que la règle ressemble à celle de *Hadley* mais présente certaines spécificités. Par exemple, elle se fonde sur la capacité d'une des parties – celle qui a violé son obligation – à prévoir les dommages. Or, *Hadley* parle de la contemplation par les deux parties. De plus, la Convention ne mentionne qu'une conséquence « possible » de la violation, qu'il faut distinguer du degré « probable » exigé dans *Hadley*. Selon les commentateurs de la CVIM, ces différences subtiles font qu'en général, la CVIM sera plus favorable au lésé<sup>120</sup>.

Enfin, il est important d'ajouter que la Convention prévoit également une obligation de la partie lésée de prendre des mesures raisonnables pour mitiger son dommage (art. 77 CVIM). En pratique, ce facteur pourra être pris en compte dans l'évaluation de la prévisibilité, et donc de l'ampleur des dommages réparables.

Ainsi, au vu des remarques ci-dessus, la résolution du cas des *Perroquets* selon le principe de prévisibilité de la CVIM serait similaire à celle d'après *Hadley* (II.3.ii.). Du fait de l'emploi de l'expression « conséquence possible », la probabilité que les dommages seront qualifiés de prévisibles sera plus grande dans la CVIM. Eventuellement, le juge pourra tenir compte des mesures prises par l'acheteur pour mitiger ses pertes.

---

<sup>117</sup> ZELLER p. 117.

<sup>118</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §59 p. 1081.

<sup>119</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §51 p. 1078; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS §49 p. 1004; voir aussi FERRARI II p. 312; TREITEL §133 p. 159.

<sup>120</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER §48 p. 1077; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS §46-47 p. 1003; voir aussi FERRARI II p. 311.

## IV. Le pouvoir discrétionnaire du juge

Le pouvoir discrétionnaire du juge est une limite très particulière à la responsabilité contractuelle. Nous allons l'aborder brièvement dans cette dernière partie.

*Hadley v. Baxendale* est un exemple célèbre de la *judge-made law* qui résout un problème social de haute importance et souligne à nouveau le rôle du juge et l'importance des sources comparatives qui le guident dans sa réflexion. Egalement dans le cas des *Perroquets*, on a vu que la formulation de l'article 208 CO donnait une très grande liberté d'appréciation au juge suisse dans la qualification d'un dommage concret comme étant direct ou indirect.

Cette liberté permet, d'un côté, d'arriver dans un cas concret et selon toutes les circonstances à la solution qui servira au mieux les principes de la justice et les objectifs sociaux que veut faire valoir le juge. D'un autre côté, une telle liberté d'appréciation semble porter atteinte au principe de la sécurité et stabilité du droit. Les parties dans leurs relations économiques ne peuvent alors pas savoir comment le cas échéant une cour pourra qualifier un possible dommage causé. Elles ne peuvent donc pas au moment du contrat, prévoir clairement l'étendue de leur éventuelle responsabilité.

Cependant, sans cette flexibilité, le juge ne pourrait pas prendre en compte l'ensemble des circonstances des cas très divers auxquels il peut être confronté.

En effet, le cas suisse des *Perroquets* présentait de grandes spécificités. A quel point le vendeur pouvait-il avoir connaissance ou suspicion de la maladie des perroquets qu'il offrait à la vente ? Avait-il une expérience passée de la maladie et des oiseaux y ayant survécu, qu'il aurait dû savoir être porteurs silencieux du virus ? Avait-il d'autres moyens à sa disposition que la quarantaine, pour s'assurer que les oiseaux objets de la vente ne présentaient pas ce « défaut » ? A quel point l'acheteur pouvait-il être tenu de suspecter la possibilité de la maladie cachée des oiseaux et malgré une confiance envers son co-contractant, ne pas les placer immédiatement dans la même volière que le reste de ses perroquets ? Ceux-ci et plusieurs autres questions ne trouvent pas leur réponse dans le texte de l'arrêt et mériteraient d'être adressés. Nous pouvons également distinguer dans l'arrêt un possible élément préventif : un effet dissuasif sur les marchands d'animaux pouvant être porteurs silencieux d'une maladie mortelle pour l'espèce. Les juges ayant la connaissance de l'ensemble des circonstances et des expertises ont pu prendre en considération tous ces éléments en considération en rendant leur décision.

Les futurs cas devant le TF pourront éclairer l'approche de cette jurisprudence suisse.

Même les « tests » étudiés dans ce travail, « l'intensité de la chaîne causale » et la « prévisibilité », gardent toujours un degré d'incertitude. Cela permet, bien sûr, de laisser une

marge de manœuvre au juge dans un cas précis, mais l'incertitude juridique demeure. Rappelons notamment les propos de L. Fuller et W. Perdue sur le test de la prévisibilité. Bien que celui-ci se base sur le critère d'un homme raisonnable, les auteurs posent la question : « qu'est-ce que pouvait prévoir un homme raisonnable ? » et répondent : « Ce que le juge estime qu'il pouvait prévoir. »<sup>121</sup>. Même un principe clair et logique comme celui de *Hadley* ne peut donc se passer de cette flexibilité. On retrouve ainsi à nouveau la confirmation que l'appréciation du juge a aussi un rôle à jouer dans la délimitation des dommages réparables.

Un exemple de large pouvoir discrétionnaire des juges est le CO suisse. Selon l'art. 43 CO (applicable aux contrats en vertu de art. 99§3 CO), les juges acquièrent une légitimation directe dans la loi pour évaluer l'étendue des dommages. Entre outre, le juge doit selon cette disposition prendre en compte l'ensemble des circonstances et le degré de faute du débiteur<sup>122</sup>.

Un autre exemple de l'importance de la discrétion des tribunaux est le cas de l'interprétation par les cours françaises de l'art. 1645 CCfr. En effet, l'article, qui originellement prévoit une présomption que le vendeur connaissait les défauts de la chose vendue, a été restreint dans le cas des vendeurs professionnels. La présomption est alors considérée comme irréfragable : ils ne pourront pas se libérer de la responsabilité en prouvant qu'ils n'avaient pas connaissance du défaut. Leur responsabilité est ainsi en pratique objective<sup>123</sup>.

## Conclusion

La question de responsabilité contractuelle et ses limites demeure au cœur des débats sur la modernisation du droit des contrats. Ces limites doivent être claires, mais en même temps assurer une flexibilité afin de pouvoir s'adapter à une diversité de cas, parfois difficiles.

Il existe différents modèles mais le but est partout le même : assurer une compensation de la partie lésée, sans en même temps créer d'entraves injustifiées. Tant la causalité (préférée par la tradition germanique et l'arrêt des *Perroquets*) que la prévisibilité (élue au Common Law et dans *Hadley*) tendent à atteindre cet équilibre entre les parties.

Il en ressort le rôle important du juge, à qui il revient d'appliquer la règle de droit à l'état de faits et de rendre une décision qui réaliserait les buts premiers du droit : résoudre un conflit de façon la plus équitable possible du point de vue de la société dans laquelle il opère.

---

<sup>121</sup> FULLER/PERDUE cité dans ZELLER p. 86.

<sup>122</sup> TREITEL §124 p. 145 et §144 p.174; SCHWENZER/HACHEM/KEE, §44.09 p. 579.

<sup>123</sup> Arrêt de la Cour de Cassation française, Ch. Com., 27.11.1973, n. 71-12.364, Bull. Comm. n. 345, p. 308. reproduit dans KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials and Exercises*, p. 343-344 ; voir aussi TREITEL §90 p. 93.

L'apport du droit comparé dans la décision est alors inestimable. Nous avons vu le cas de Pothier et du Code Civil, qui non seulement ont contribué à la création des règles de droit dans plusieurs autres ordres juridiques (*Hadley*) mais restent encore une autorité de nos jours (*Perroquets*). Le recours comparatif aux sources étrangères pour guider la réflexion et développer le droit face aux nouveaux problèmes est donc toujours vivant.

Les deux arrêts n'ont pas échappé aux critiques, mais ils ont chacun apporté une clarification d'une question de droit controversée dans la doctrine de leur époque. La solution suisse est unique mais peut avoir ses avantages. Elle est à la fois ancrée dans sa tradition juridique et par son approche originale, stimule la discussion et les travaux comparatifs.

Pour terminer sur une note quelque peu philosophique, on remarque que malgré des similitudes, les réponses ne seront pas partout les mêmes. Elles dépendront des valeurs qu'un ordre juridique voudra promouvoir et celles-ci sont profondément liées à son système juridique entier et ses racines historiques et culturelles.

*« On ne discute pas, en effet, de ce qui peut être déterminé objectivement, par des procédés incontestables. Si nous différions d'avis, (...) sur le nombre (...), sur la longueur (...) ou sur le poids (...), nous ne nous disputerions pas pour cela; (...) il nous suffirait de compter, de mesurer ou de peser, et notre différend serait résolu. Les différends ne se prolongent et ne s'enveniment que là où nous manquent de tels procédés de mesure, de tels critères d'objectivité; c'est le cas, précise Socrate, quand on est en désaccord sur le juste et l'injuste, le beau et le laid, le bien et le mal, en un mot sur les valeurs. »*

*Platon, Euthyphron 7b-d, (paraphrase de J. Moreau)*

# Bibliographie

## Doctrine et Commentaires

AHN, Tae-Yong, Damages Under Korean Law, in: Chen-Wishart Mindy / Loke, Alexander / Ong, Burton, *Studies in the Contract Laws of Asia: Remedies for Breach of Contract*, Chapter 8, Oxford University Press (2016).

BANASZCZYK, Zbigniew, Szkody bezpośrednie i pośrednie a podmiotowy zakres odpowiedzialności odszkodowawczej, *Przegląd Sądowy*, 2/2016, Warszawa (2016) p. 28–47.

BARNES, Wayne, *Hadley v. Baxendale and Other Common Law Borrowings from the Civil Law*, 11 *Tex. Wesleyan L. Rev.* 627 (2005).

BARNETT, Katy / HARDER, Sirko, *Remedies in Australian Private Law*, Cambridge University Press (2014).

DANZIG, Richard, *Hadley V. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*, *Journal of Legal Studies*: Vol.4 No.2 (1975) p. 249-284.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford (1998) p. 228s.

FAUST, Florian, *Hadley v. Baxendale - An Understandable Miscarriage of Justice*, *The Journal of Legal History*, 15:1 (1994) p. 41-72.

FERRARI, Franco, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 *La. L. Rev.* 1257 (1993).

FERRARI, Franco, *Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG*, in: Saidov, Djahongir / Cunnington, Ralph, *Contract Damages*, Hart Publishing, Oxford (2008) p. 305-327. (cité: FERRARI II).

FULLER Lon / PERDUE, William, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *Yale Law Journal*, Vol. 46, Issue 1 (1936) p.85s.

GOLDBERG, Victor, P., *The Achilleas: Forsaking Foreseeability*, *Current Legal Problems*, Vol. 66 (2013) p. 107-130.

HERBOTS, Jacques H., *Contracts in the People's Republic of China: An outline of the Chinese law from the perspective of Europe and Hong-Kong*, Die Keure Publishing (2018).

LANDO, Ole / BEALE, Hugh (eds), *Principles of European Contract Law. Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (1995).

KADNER GRAZIANO, Thomas, *Comparative Contract Law - Cases, Materials and Exercises*, 2<sup>e</sup> éd., Cheltenham (E. Elgar) (2019) (cité: KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials and Exercises*).

KADNER GRAZIANO, Thomas. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* In: Duncan Fairgrieve / Mads Andenas. *Courts and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press (2015) p. 25-53.

KADNER GRAZIANO, Thomas / WIEGANDT, Dirk, Kaufrechtliche und deliktische Haftung für 'Weiterfresserschäden', in JURA 2013, p. 510-526 (traduction par Christopher Booth) in: Kadner Graziano Thomas, Comparative Contract Law - Cases, Materials and Exercises, 2<sup>e</sup> éd., Cheltenham (E. Elgar) (2019).

KOMAROV, Alexander, The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments, in: Saidov, Djakhongir / Cunningham, Ralph, Contract Damages, Hart Publishing, Oxford (2008) p. 245-264.

KRÖLL, Stefan / MISTELIS, Loukas A. / PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary, 1<sup>st</sup> edition, C.H. Beck (2011).

MALAURIE, Philippe / AYNÈS, Laurent / STOFFEL-MUNCK, Philippe, Les Obligations, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, Lextenso éditions (2011).

MARCHAND, Sylvain, « Indirect and Consequential Damages » en Droit Suisse, Revue de Droit international et de Droit comparé, 4/2010 (2010) p. 545-570.

MCKENDRICK, Ewan, Contract Law: Text, Cases, and Materials, 8<sup>th</sup> edition, Oxford University Press (2018).

MURPHEY, Arthur G. Jr., Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley, 23 Wash. J. Int'l L & Econ. (1989), p. 415-474.

OVIEDO-ALBÁN, Jorge, Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el código civil chileno-colombiano. Universitas, 63(129) (2014) p. 237-274.

PERILLO, Joseph, Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract, 11 Tex. Wesleyan L. Rev. 267 (2005) p. 267-290.

PICHONNAZ, Pascal, L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO, in: Zufferey/Previtali/Dubey (édit.), L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich (2011) p. 399-414.

PICHONNAZ, Pascal, Defective Goods and Consequential Losses: A Swiss Case and Some Reflections on Limitation of Damages, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 76, H. 4, Reinhard Zimmermann zum 60. Geburtstag. (2012) p. 819-835.

PICHONNAZ, Pascal, Le dommage contractuel et la question de la prévisibilité, De la spécificité de la violation contractuelle, in : F. Werro/P. Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne (2013) p. 33-67.

PIETRZYKOWSKI, Krzysztof (ed.), Kodeks cywilny, T. I. Komentarz. Art. 1-449<sup>10</sup>, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa (2018).

POTHIER, Robert-Joseph, Traité des Obligations, Thomine et Fortic, Libraires, 1821 (réédition par la Bibliothèque Dalloz) (2011), p. 67s. (159s).

RAMBERG, Jan, The Vanishing Scandinavian Sales Law, *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm (2007) p. 257-264.

REITZ, John C. Reitz, History of Cutoff Rules as a Form of Caveat Emptor: Part II -- From Roman Law to the Modern Civil and Common Law, *37 American Journal of Comparative Law* (1989) p. 247-299.

SCHÖNLE, Herbert, Le dommage direct. Interprétation théologique et musicologique de l'art. 208 CO, in : Gauch, Peter/Pichonnaz, Pascal (édit.), *Figures juridiques / Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, *K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier*, Zurich (2003) p. 23-31.

SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal / KEE, Christopher, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press (2012).

SCHWENZER, Ingeborg (ed.), Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford (2016) .

(cité: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER)

MÜLLER-CHEN, Markus, Art. 45 CISG, p. 720-735.

SCHWENZER, Ingeborg, Art. 74 CISG, p. 1057-1086.

SEDGWICK, Theodore, *A Treatise on the Measure of Damages*, J.S. Voorhies, New York (1847).

SNYDER, Franklin G., The Shaft: The Hadley v. Baxendale Song, *11 Tex. Wesleyan L. Rev.* 239 (2005).

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2e éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) (2012) (cité : CORO).

Art. 97 CO Luc THÉVENOZ p. 735-760.

Art. 208 CO Silvio VENTURI/ Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN p. 1445-1453.

THÉVENOZ, Luc, Le contrat inexécuté en droit suisse. in : Vacca, Letizia. *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.

TREITEL, Günter H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford University Press (1988).

ZELLER, Bruno, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, New York (2009).

ZWEIGERT, Konrad / KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3rd Edition, Oxford University Press (1998).

## **Jurisprudence:**

Arrêt du Tribunal fédéral ATF 133 III 257 du 28 novembre 2006, SJ 2007 I 461 (arrêt des Perroquets)

Arrêt du Tribunal fédéral ATF 79 II 376 du 17 novembre 1953 (Cofrumi S.A. c. Transatlanta S.A.)

Hadley & Anor v. Baxendale & Ors [1854] EWHC Exch J70 (23 February 1854)

Victoria Laundry (Windsor) v Newman Industries [1949] 2 K.B. 528 (12 April 1949)

C Czarnikow Ltd v Koufos [1967] UKHL 4 (17 October 1967) (The Heron II)

Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48 (9 July 2008) (The Achileas)

Ashington Piggeries Ltd v. Christopher Hill Ltd, [1972] AC 441

Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd [1978] Q.B. 791 (18 May 1977)

Arrêt de la Cour de Cassation française, Ch. Com., 27.11.1973, n. 71-12.364, Bull. Comm. n. 345, p. 308 reproduit dans KADNER GRAZIANO, *Cases, Materials and Exercises*, p. 343-344

## NOTE:

*La citation d'Eutyphron de Platon est une paraphrase de J. Moreau dans Rhétorique, Dialectique et Exigence Première, reprise par Ch. Perelman dans Justice, Law and Argument, Essays on Moral and Legal Reasoning, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland. (1980) p. 151. Ci-dessous dans son intégralité.*

*“Si nous différions d'avis, toi et moi, dit Socrate à Eutyphron, sur le nombre (des oeufs dans un panier), sur la longueur (d'une pièce d'étoffe) ou sur le poids (d'un sac de blé), nous ne nous disputerions pas pour cela; nous n'entamerions pas une discussion; il nous suffirait de compter, de mesurer ou de peser, et notre différend serait résolu. Les différends ne se prolongent et ne s'enveniment que là où nous manquent de tels procédés de mesure, de tels critères d'objectivité; c'est le cas, précise Socrate, quand on est en désaccord sur le juste et l'injuste, le beau et le laid, le bien et le mal, en un mot sur les valeurs.”*

## Annexes

Annexe 1: Arrêt du Tribunal fédéral des <i>Perroquets</i> , ATF 133 III 257 (extraits) .....	II
Annexe 2 : Code des Obligations (extraits).....	IV
Annexe 3 : Robert-Joseph Pothier, Traité des Obligations, 1821 (extraits) .....	VI
Annexe 4 : Code Civil Français (extraits).....	IX
Annexe 5: <i>Hadley v. Baxendale</i> , [1854] EWHC Exch J70 (extraits).....	IX
Annexe 6: Finlande – Sale of Goods Act (1987) (extraits) .....	XII
Annexe 7: Suède – Sale of Goods Act (1990) (extraits).....	XIII
Annexe 8: Norvège – Sale of Goods Act (1988) (extraits) .....	XIV
Annexe 9: Islande – Sale of Goods Act (Act No 50/2000).....	XV
Annexe 10: Le principe de prévisibilité dans les instruments internationaux .....	XVII
Annexe 11: Convention de Vienne sur la Vente Internationale des Marchandises (CVIM) (extraits).....	XVIII
Annexe 12: Le droit américain .....	XX
Annexe 13: Fiche informative sur le virus Pachéco .....	XXII

Annexe 1: Arrêt du Tribunal fédéral des *Perroquets*, ATF 133 III 257  
(extraits)<sup>124</sup>

A. A is a commercial parrot breeder in Z. He entered into a contract with B (resident of X) to purchase six Mealy Amazons for the cost of CHF 4,800. The seller then kept the parrots in quarantine for several months. When they were housed with the buyer, all six parrots fell sick and died, killing off almost the entire breeding stock of the buyer in the process. (...). The parties each submitted expert reports diagnosing the birds' disease. They reached the conclusion that one of the parrots supplied by the seller must have had a latent strain of the viral infection "Pacheco's disease" which had reactivated when the bird was under stress due to its rehousing, and then spread to the whole of the buyer's bird stock. The buyer is now requesting compensation [in the amount of] CHF 2 million [...] for the purchase price of the parrots and the damage caused by their illness [...].

Extract from the Court's reasoning:

[...] C. [...] 2.5.1 Art. 208(2) of the Code of Obligations (Obligationenrecht) concerns loss suffered by a buyer upon the delivery of defective goods. The wording also covers any loss sustained as a result of the defective or faulty goods in question. Where the damage is not to the good being delivered, but to any other of the buyer's legally protected interests, then this is termed "consequential loss caused by a defect" (Mangelfolgeschäden) [...]. Whether this type of damage qualifies as direct (unmittelbar) [and is thus recoverable under Art. 208(2)] or indirect (mittelbar) [and is recoverable only if the further conditions established in Art. 208(3) are fulfilled] depends on how this distinction is to be understood. The ordinary meaning of "unmittelbar" implies that there is no temporal or spatial separation or intermediate event [...]; the French-language term "directement" is defined as being in direct connection, without any deviation or intermediate event [...]. Accordingly, it is generally assumed by doctrine that direct and indirect loss are to be distinguished by the length, or "intensity" (Intensität), of the chain of causation. Within the chain of causation, it is argued, direct loss is loss that occurs as a direct consequence of the damaging event, while indirect loss is triggered through the emergence of further causal events [...]. Under the wording of Art. 208(2) [CO], the liability of the seller towards the buyer also covers any damage directly caused by the delivery of the defective goods, including any damage which emerges as a direct consequence of the defect.

2.5.2 Turning to the legislative history of Art. 208 [CO], it is worth noting that, when subsections (2) and (3) were first formulated, the distinction between direct and indirect and immediate as opposed to consequential loss (unmittelbarem und mittelbarem bzw. direktem und indirektem Schaden) already formed part of our jus commune [...]. To demonstrate direct loss, POTHIER (1699-1772) used the scenario of the farmer who purchases a sick cow. The disease kills the cow, spreads to the farmer's other cows, and kills them too. A more remote and indirect consequence (une suite plus éloignée et plus indirecte) would be if the disease causes the farmer to go bankrupt because he cannot use his oxen to plough the fields (Robert-Joseph

---

<sup>124</sup> Traduction anglaise par C. Booth dans: Kadner, p.

Pothier, *Traité des Obligations*, Rz. 166 f., reproduced in: *Oeuvres de Pothier*, Hrsg. M. Siffrein, Paris 1821, Bd. 1, S. 189 f.). Inspired by these writings on *jus commune*, the French Code civil of 1804 restricted liability for non-performance under Art. 1150 [now Art. 1231-3] to cases where the party in breach of his contractual obligations foresaw, or should have foreseen, the loss at the moment of conclusion of the contract, provided that he did not wilfully (*par son dol*) fail to satisfy his obligations. Even if he does wilfully fail to satisfy his obligations, Art. 1151 [now Art. 1231-4] of the Code civil provides that he is only required to compensate loss which is the direct and immediate result of his non-performance (*unmittelbare und direkte Folge, une suite immédiate et directe*). French doctrine occasionally makes reference to Pothier's distinction between direct and indirect [...]. The Private Law Code of the Canton of Zurich of 1855 (*Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich, PGB*), drafted by Bluntschli, also made the distinction between direct and indirect damage. [...] When discussing the chain of causation, the majority of doctrine on the old Code of Obligations (*Obligationenrecht*) relied on this distinction between direct and indirect damage and assumed any loss of profit to be indirect loss [...]. The *Bundesgericht* initially followed suit [...] [h]owever, in later decisions, [...] the Court accepted that a loss of profits could constitute direct loss if it was foreseeable that the buyer would have an interest in reselling the item for profit (E. 8 S. 749 f.). [...] The Court found no indication that the [Swiss] legislator intended to deviate from the historical distinction between direct and indirect loss. The Court thus continues to apply the historical interpretation that existed in *jus commune* whereby the length of the chain of causation between the damaging event and the loss incurred is decisive. [...]

3.2 It follows from the above argument that [in the present case] we are faced with direct loss under Art. 208(2)[CO] which occurred along the chain of causation through the delivery of defective goods, without the intervention of any further causal event. [...]

In order to illustrate direct loss, writers make reference to Pothier's example of the farmer who loses his livestock after buying a cow that infects the rest of his herd (von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Aufl., 1. Bd., S. 89 Fn. 10; see also Hans-Peter Katz, *Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten*, Diss. Zürich 1973, S. 75, woodworms transferred from an antique to other items owned by the purchaser qualified as direct loss). Another example provided by doctrine is that of the faulty dishwasher which causes direct loss to its buyer when it leaks and causes water damage to his floor. If this water then happens to seep into the electrical supply and produce a short circuit, resulting in a fire, then this is to be considered an intervening cause of damage [or further or new causal event] [...]. These examples show that, where the defendant wants to argue that the damage was only a remote consequence of the defect, it is not enough to simply prove that the damage arose when the item was being used correctly and in conformity with its ordinary or agreed use. [...]

3.3 In the present case, the parrots sold by the defendant directly transferred the disease to the buyer's bird stock, and therefore there can be said to be a direct causal link. The fact that the disease was only transmitted because the bird had been rehoused and became stressed does not affect this outcome; the rehousing of the birds was a necessary consequence of the sale and

therefore fell within ordinary use and ought not to be considered as an intervening new cause of damage. Accordingly, the Obergericht (High Court of Appeal) did not exceed its discretionary authority when it characterised the loss of the buyer's bird stock as direct loss.

## Annexe 2 : Code des Obligations (extraits)

### Ancien Code des Obligations (aCO) de 1881 :

**116.** Les dommages et intérêts dus par le débiteur comprennent en tout cas le préjudice qui a pu être prévu, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat.

Il appartient au juge d'évaluer le dommage en tenant compte des circonstances.

En cas de faute grave, il lui appartient également d'apprécier s'il y a lieu d'accorder de plus amples dommages et intérêts que ceux qui sont déterminés au premier alinéa du présent article.

**241.** En cas d'éviction totale, la vente est réputée résiliée, et l'acheteur à qui la garantie est due a le droit de réclamer du vendeur :

- 1° la restitution du prix payé, avec les intérêts, déduction faite des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir, ainsi que des autres avantages dont il a profité ;
- 2° ses impenses, en tant qu'il ne peut s'en faire indemniser par le tiers qui l'évince ;
- 3° tous les frais du procès, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, à l'exception de ceux qu'il aurait évités en appelant en cause le vendeur ;
- 4° tous autres dommages et intérêts résultant directement de l'éviction.

Si le vendeur est en faute, il peut être tenu conformément à l'article 116, de plus amples dommages et intérêts.

## **Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)**

**du 30 mars 1911 (Etat le 1er avril 2017) :**

### **Art. 42. Fixation du dommage**

- 1 La preuve du dommage incombe au demandeur.
- 2 Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.
- 3 Les frais de traitement pour les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal.

### **Art. 43. Fixation de l'indemnité**

- 1 Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.
- 1bis Lorsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci.
- 2 Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés.

### **Art. 44. Réduction de l'indemnité**

- 1 Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.
- 2 Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.

## **Chapitre II: Des effets de l'inexécution des obligations**

### **Art. 97. Inexécution / Responsabilité du débiteur**

- 1 Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.
- 2 Les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite et du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) s'appliquent à l'exécution.

### **Art. 99. Etendue de la réparation**

- 1 En général, le débiteur répond de toute faute.
- 2 Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.
- 3 Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle.

### **Art. 205. Résiliation de la vente ou réduction du prix**

1 Dans les cas de garantie en raison des défauts de la chose, l'acheteur a le choix ou de faire résilier la vente en exerçant l'action rédhibitoire, ou de réclamer par l'action en réduction de prix une indemnité pour la moins-value.

2 Lorsque l'acheteur a intenté l'action rédhibitoire, le juge peut se borner à réduire le prix s'il estime que la résiliation n'est pas justifiée par les circonstances.

3 Si la moins-value est égale au prix de vente, l'acheteur ne peut demander que la résiliation.

### **Art. 208. Effets de la résiliation**

1 En cas de résiliation de la vente, l'acheteur est tenu de rendre au vendeur la chose avec les profits qu'il en a retirés.

2 Le vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé, avec intérêts, et, comme en matière d'éviction totale, les frais de procès et les impenses; il indemnise, en outre, l'acheteur du dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses.

3 Le vendeur est tenu d'indemniser aussi l'acheteur de tout autre dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

## **Annexe 3 : Robert-Joseph Pothier, Traité des Obligations, 1821 (extraits)**

160. Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionnées l'inexécution de l'obligation, et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation. Il faut à cet égard distinguer différents cas, et différentes espèces de dommages et intérêts ; et il faut même, selon les différents cas, apporter une certaine modération à la taxation et estimation de ceux dont il est tenu.

Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation ; soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il ne pouvait accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ce cas, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation ; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci.

161. Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation ; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam.* (...)

162. Quelquefois le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, quoique extrinsèques ; à savoir, lorsqu'il paraît que par le contrat ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est ou expressément ou tacitement chargé, en cas d'inexécution de son obligation.

Par exemple, (...) si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts dont je suis tenu envers lui, ne se borneront pas aux frais du délogement, et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devaient s'y borner dans l'espèce ci-devant rapportée : la perte qu'il pourra faire de ses pratiques, s'il n'a pu trouver d'autre maison dans le quartier, y devra aussi entrer pour quelque chose : car lui ayant loué ma maison pour y faire une boutique ou une auberge, cette espèce de dommage est un dommage dont le risque a été prévu, et auquel je suis censé m'être tacitement soumis.

163. Voici un autre exemple de notre distinction :

Une personne m'a vendu des pièces de bois ; je m'en suis servi pour étayer mon bâtiment, qui s'est écroulé par le défaut des pièces de bois, qui étaient pourries. Si le vendeur n'était pas homme du métier, et qu'il m'ait vendu de bonne foi ces pièces de bois, dont il ignorait le défaut, les dommages et intérêts résultant de ce que les bois qu'il m'a vendus se sont trouvés défectueux, ne consisteront qu'à me faire une déduction sur le prix, de ce que je les ai achetés de trop, en achetant pour bon ce qui était défectueux ; mais ils ne s'étendront pas à la perte que j'ai faite par la ruine de mon bâtiment : car le vendeur qui m'a vendu le bois de bonne foi, et qui n'était pas plus obligé de s'y connaître que moi, n'est pas censé s'être chargé de ce risque. (...)

Mais si celui qui m'a vendu c'était un homme du métier, si c'est un charpentier qui m'a vendu ces étais pour étayer mon bâtiment, il sera tenu envers moi des dommages et intérêts résultant de l'écroulement de mon bâtiment par le défaut de ces étais ; et il ne sera pas reçu à alléguer qu'il les croyait bons et suffisants : car, quand il dirait vrai, cette ignorance de sa part ne serait pas excusable dans un homme qui fait profession publique d'un état et d'un art (...). En me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment, et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être rendu responsable que les étais seraient suffisants, et s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étaient pas (...)

Observez néanmoins qu'il ne doit être tenu que du risque dont il s'est chargé. C'est pourquoi, si ce charpentier m'a vendu ces étais pour soutenir un certain bâtiment, et que je m'en sois servi pour soutenir un bâtiment plus considérable, non-seulement ce charpentier ne sera pas tenu de la ruine de ce bâtiment, dans le cas auquel ses étais eussent été suffisants pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étaient destinés, parce qu'en ce cas ce charpentier n'était en faute d'aucune façon ; mais même dans le cas auquel il aurait été en faute, ses étais étant absolument défectueux et insuffisants, même pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étaient destinés, il ne sera tenu de mes dommages et intérêts résultant de la ruine de mon grand bâtiment que jusqu'à concurrence de la valeur du petit bâtiment : car, ne m'ayant vendu ses étais que pour le soutien du petit bâtiment, il n'a entendu se charger du risque des dommages et intérêts que je souffrirais, que jusqu'à la valeur du petit bâtiment ; il ne doit pas, par conséquent, suivant nos principes, être tenu au delà. (...) Par une semblable raison, (...) [il ne s'est pas chargé] du risque de la perte de mes meubles, qu'il n'a pas pu prévoir que j'y laisserais, étant ordinaire de démeubler les maisons qu'on étaie. (...)

164. A l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération. (...)

166. Les principes que nous avons établis jusqu'à présent n'ont pas lieu lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts. En ce cas, le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non-seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat propter rem ipsam, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter, en ce cas, si le débiteur doit être censé s'y être soumis : car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit*, à la réparation de tout le tort que ce dol causera (...)

Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion (...) car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage.

167. A l'égard des autres dommages que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu ? Par exemple, si, en retenant la même supposition, la contagion qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres ; le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée ; mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai soufferte de mes bestiaux par la contagion : ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage ?

Quid, si la perte que j'ai faite de mes bestiaux, et le dommage que j'ai souffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mes biens à vil prix ; le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage ?

La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est « qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes ». Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, ce marchand ne sera pas tenu des dommages que j'ai soufferts par la saisie réelle de mes biens : ce dommage n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas une relation nécessaire : car, quoique la perte de mes bestiaux, que son dol m'a causée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir eu d'autres causes. (...)

## Annexe 4 : Code Civil Français (extraits)

**Art. 1231-2.** Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

**Art. 1231-3.** Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

**Art. 1231-4.** Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.

**Art. 1645.** Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.

**Art. 1646.** Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

## Annexe 5: *Hadley v. Baxendale*, [1854] EWHC Exch J70 (extraits)

IN THE COURTS OF EXCHEQUER, 23 February 1854

Before : Alderson, B.

Between: Hadley & Anor v. Baxendale & Ors

(...)

At the trial before Crompton, J., at the last Gloucester Assizes, it appeared that the plaintiffs carried on an extensive business as millers at Gloucester; and that, on the 11th of May, their mill was stopped by a breakage of the crank shaft by which the mill was worked. The steam-engine was manufactured by Messrs. Joyce & Co., the engineers, at Greenwich, and it became necessary to send the shaft as a pattern for a new one to Greenwich. The fracture was discovered on the 12th, and on the 13th the plaintiffs sent one of their servants to the office of the defendants, who are the well-known carriers trading under the name of Pickford & Co., for the purpose of having the shaft carried to Greenwich. The plaintiffs' servant told the clerk that the mill was stopped, and that the shaft must be sent immediately; and in answer to the inquiry when the shaft would be taken, the answer was, that if it was sent up by twelve o'clock an day, it would be delivered at Greenwich on the following day. On the following day the shaft was taken by the defendants, before noon, for the purpose of being conveyed to Greenwich, and the sum of 2l. 4s. was paid for its carriage for the whole distance; at the same time the defendants' clerk was told that a special entry, if required, should be made to hasten its delivery. The delivery of the shaft at Greenwich was delayed by some neglect; and the consequence was, that the plaintiffs did not receive the new shaft for several days after they would otherwise have done, and the working of their mill was thereby delayed, and they thereby lost the profits they would otherwise have received. (...)

Keating and Dowdeswell (Feb. 1) shewed cause. The plaintiffs are entitled to the amount awarded by the jury as damages. These damages are not too remote, for they are not only the natural and necessary consequence of the defendants' default, but they are the only loss which the plaintiffs have actually sustained. The principle upon which damages are assessed is founded upon that of rendering compensation to the injured party. The important subject is ably treated in Sedgwick on the Measure of Damages. And this particular branch of it is discussed in the third chapter, where, after pointing out the distinction between the civil and the French law, he says (page 64), "It is sometimes said, in regard to contracts, that the defendant shall be held liable for those damages only which both parties may fairly be supposed to have at the time contemplated as likely to result from the nature of the agreement, and this appears to be the rule adopted by the writers upon the civil law." In a subsequent passage he says, "In cases of fraud the civil law made a broad distinction" (page 66); and he adds, that "in such cases the debtor was liable for all consequences." It is difficult, however, to see what the ground of such principle is, and how the ingredient of fraud can affect the question. For instance, if the defendants had maliciously and fraudulently kept the shaft, it is not easy to see why they should have been liable for these damages, if they are not to be held so where the delay is occasioned by their negligence only. In speaking of the rule respecting the breach of a contract to transport goods to a particular place, and in actions brought on agreements for the sale and delivery of chattels, the learned author lays it down, that, "In the former case, the difference in value between the price at the point where the goods are and the place where they were to be delivered, is taken as the measure of damages, which, in fact, amounts to an allowance of profits; and in the latter case, a similar result is had by the application of the rule, which gives the vendee the benefit of the rise of the market price" (page 80).

(...)

Take the case of the breach of a contract to supply a rick-cloth, whereby and in consequence of bad weather the hay, being unprotected, is spoiled, that damage could not be recoverable. Many similar cases might be added. The true principle to be deduced from the authorities upon this subject is that which is embodied in the maxim: "In jure non remota cause sed proxima spectatur." Sedgwick says (page 38), "In regard to the quantum of damages, instead of adhering to the term compensation, it would be far more accurate to say, in the language of Domat, which we have cited above, 'that the object is discriminate between that portion of the loss which must be borne by the offending party and that which must be borne by the sufferer'. The law in fact aims not at the satisfaction but at a division of the loss." And the learned author also cites the following passage from Broom's Legal Maxims: "Every defendant," says Mr. Broom, "against whom an action is brought experiences some injury or inconvenience beyond what the costs will compensate him for." [1] Again, at page 78, after referring to the case of *Flureau v. Thornhill* (2 W. Blac. 1078), he says, "Both the English and American Courts have generally adhered to this denial of profits as any part of the damages to be compensated and that whether in cases of contract or of tort. So, in a case of illegal capture, Mr. Justice Story rejected the item of profits on the voyage, and held this general language: 'Independent, however, of all authority, I am satisfied upon principle, that an allowance of damages upon the basis of a calculation of profits is inadmissible. The rule would be in the highest degree unfavourable to the interests of the community. The subject would be involved in utter uncertainty. The calculation would proceed upon contingencies, and would require acknowledge of foreign markets to an

exactness, in point of time and value, which would sometimes present embarrassing obstacles; much would depend upon the length of the voyage, and the season of arrival, much upon the vigilance and activity of the master, and much upon the momentary demand. After all, it would be a calculation upon conjectures, and not upon facts; such a rule therefore has been rejected by Courts of law in ordinary cases, and instead of deciding upon the gains or losses of parties in particular cases, a uniform interest has been applied as the measure of damages for the detention of property."

(...)

The judgment of the Court was now delivered by

ALDERSON, B. We think that there ought to be a new trial in this case; but, in so doing, we deem it to be expedient and necessary to state explicitly the rule which the Judge, at the next trial, ought, in our opinion, to direct the jury to be governed by when they estimate the damages. It is. Indeed, of the last importance that we should do this; for, if the jury are left without any definite rule to guide them, it will, in such cases as these, manifestly lead to the greatest injustice. The Courts have done this on several occasions; and in *Blake v. Midland Railway Company* (18 Q. B. 93), the Court granted a new trial on this very ground, that the rule had not been definitely laid down to the jury by the learned Judge at *Nisi Prius*.

"There are certain establishing rules", this Court says, in *Alder v. Keighley* (15 M. & W. 117), "according to which the jury ought to find". And the Court, in that case, adds: "and here there is a clear rule, that the amount which would have been received if the contract had been kept, is the measure of damages if the contract is broken."

Now we think the proper rule is such as the present is this: Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For such loss would neither have flowed naturally from the breach of this contract in the great multitude of such cases occurring under ordinary circumstances, nor were the special circumstances, which, perhaps, would have made it a reasonable and natural consequence of such breach of contract, communicated to or known by the defendants. The Judge ought, therefore, to have told the jury, that, upon the facts then before them, they ought not to take the loss of profits into consideration at all in estimating the damages. There must therefore be a new trial in this case.

Rule absolute.

## **Chapter 5—Consequences of delay in delivery**

### **Section 27**

(1) The buyer is entitled to damages for losses that he suffers because of the seller's delay in delivery, unless the seller proves that the delay was due to an impediment beyond his control which he could not reasonably be expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract and whose consequences he could not reasonably have avoided or overcome.

(2) If the delay is due to a third person whom the seller has engaged to perform the whole or part of the contract, the seller is exempt from liability only if that third person would also be exempt from liability under paragraph (1). The same shall apply if the delay is due to a supplier of the seller or to someone else at a previous level in the chain of supply.

(3) Indirect losses specified in section 67 are not recoverable under paragraphs (1) and (2) of this section.

(4) The buyer is always entitled to damages, including indirect losses, if the delay or loss is due to negligence attributable to the seller.

## **Chapter 6—Consequences of defect in the goods**

### **Section 40 - Damages**

(1) The buyer is entitled to damages for losses that he suffers because of a defect in the goods unless the seller proves that there was an impediment referred to in section 27(1) or (2) against delivery of conforming goods. In the case of such an impediment, the provisions of section 28 on the duty of the seller to give notice of an impediment to performance apply correspondingly.

(2) Indirect loss

es specified in section 67 are not recoverable under paragraph (1) of this section.

(3) The buyer is always entitled to damages, including indirect losses, if the defect or loss is due to negligence attributable to the seller or if the goods did not, at the time of the conclusion of the contract, conform to an express warranty of the seller.

## **Chapter 13—Measure of damages**

### **Section 67 – Direct and indirect loss**

(1) Damages for breach of contract consist of compensation for expenses, price difference, lost profit and other direct or indirect loss due to the breach.

(2) Indirect loss consists of the following:

(1) loss due to reduction or interruption in production or turnover;

(2) other loss arising because the goods cannot be used as intended;

(3) loss of profit arising because a contract with a third party has been lost or breached;

(4) loss due to damage to property other than the goods sold; and

(5) other similar loss that is difficult to foresee.

(3) Loss incurred by the injured party for mitigation of loss not covered by paragraph (2) shall, however, not be considered indirect loss.

---

<sup>125</sup> Source : <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1987/en19870355.pdf>

## Annexe 7: Suède – Sale of Goods Act (1990) (extraits)<sup>126</sup>

§ 27 L'acheteur a droit à la réparation du préjudice qu'il a subi du fait du retard du vendeur, à moins que le vendeur ne démontre que le retard est dû à un obstacle hors de son contrôle qu'il ne pouvait raisonnablement pas s'attendre dans la transaction et dont il n'aurait pas pu raisonnablement éviter les conséquences ou les surmonter.

Si le retard est dû à une personne que le vendeur a embauchée pour exécuter totalement ou partiellement l'achat, le vendeur n'est pas responsable des dommages et intérêts uniquement si la personne qu'il a embauchée se serait également libérée, conformément au premier paragraphe. Il en va de même si le retard est dû à un fournisseur du vendeur ou à une autre vente antérieure.

Selon les premier et deuxième alinéas, les pertes indirectes visées à l'article 67, deuxième alinéa, ne sont pas recouvrables.

L'acheteur a toujours droit à une indemnité si le retard ou la perte est dû à une négligence de la part du vendeur.

§ 40 L'acheteur a droit à réparation du dommage qu'il subit en cas de défectuosité de la marchandise, à moins que le vendeur ne démontre qu'il a subi l'obstacle visé à l'article 27, premier ou deuxième alinéa, qui l'a empêché de livrer des marchandises sans défaut. Les dispositions de l'article 28 sur l'obligation du vendeur de donner à l'acheteur une notification des obstacles à la réalisation de son obligation dans les délais s'appliquent de manière correspondante, s'il existe un obstacle à la livraison de marchandises sans défauts.

Selon le premier paragraphe, la perte indirecte visée à l'article 67, deuxième paragraphe, n'est pas recouvrable.

L'acheteur a toujours droit à une indemnité si l'erreur ou la perte est due à une négligence de la part du vendeur ou si le produit s'écarte de ce que le vendeur a spécifiquement promis.

L'étendue des dommages

§ 67 Les dommages résultant d'une rupture de contrat incluent la réparation des frais, la différence de prix, les manques de gain et les autres pertes directes ou indirectes résultant de la rupture du contrat. Toutefois, les dommages en vertu de cette loi ne comprennent pas l'indemnisation des pertes subies par l'acheteur du fait de dommages aux biens autres que les biens vendus.

Comme la perte indirecte est considérée comme la :

1. perte à la suite de la réduction ou la perte de production ou de ventes,
2. Une autre perte parce que les marchandises ne peuvent pas être utilisés comme prévu,
3. perte de bénéfices à la suite d'un accord avec un tiers est tombé loin ou n'a pas été correctement rempli, et
4. une autre perte similaire, si elle était difficile à prédire.

---

<sup>126</sup> Source : [http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/koplag-1990931\\_sfs-1990-931](http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/koplag-1990931_sfs-1990-931) (traduction automatique)

Toutefois, en tant que perte indirecte au sens du deuxième paragraphe, une telle perte pour laquelle la personne lésée a dû limiter une perte d'un autre type n'est pas considérée comme une perte autre que celle spécifiée au deuxième paragraphe.

## Annexe 8: Norvège – Sale of Goods Act (1988) (extraits)<sup>127</sup>

### § 27 - Damages

(1) The buyer may claim damages for the loss he sustains as a consequence of the seller's delay. However, he may not do so as long as the seller shows that the delay was due to an impediment beyond his control which he could not reasonably be expected to take into account at the time the contract was concluded or to avoid or overcome the consequences of.

(2) If the delay is due to a third party whom the seller has assigned to perform all or part of the contract, the seller avoids liability only if also the third party would have been exempt under the rule of the preceding paragraph.

The same rule applies if the delay is due to a supplier whom the seller has employed, or to any other person in a prior sales stage.

(3) The exemption from liability is effective for the duration of the impediment. If the impediment ceases, the seller may be held liable if he is then obliged to perform but fails to do so.

(4) The above rules of this section do not comprise such indirect losses as mentioned in § 67 (2) below. In international sales however, the rules comprise also indirect losses except as otherwise provided by § 70 (3) below.

(5) The buyer may in any case claim damages if the delay or loss is due to the fault or neglect of the seller.

### § 40 - Damages

(1) The buyer may claim damages for the loss he sustains as a consequence of the lack of conformity of the goods, unless the seller proves that the lack of conformity of the delivery is due to an impediment as mentioned in § 27 above. The other rules of §§ 27 and 28 will similarly apply.

(2) The rules of the preceding paragraph do not comprise such indirect losses as mentioned in § 67(2) below. In international sales however, the rules comprise also indirect losses except as otherwise provided by § 70 (3) below.

(3) The buyer may in any case claim damages if

(a) the lack of conformity or loss is due to the fault or neglect of the seller or

(b) the goods differed already at the time of conclusion of the contract from what the seller had undertaken.

---

<sup>127</sup> Source: <https://www.jus.uio.no/lm/norway.sog.act.1988/67.html>

## **Chapter X - Amount of damages. Interest.**

### **§ 67 - General rule**

(1) Damages which are payable by a party for breach of contract shall be equivalent to the loss, including expenses, difference in price and loss of profit, which the other party has sustained as a consequence of the breach. However, only losses are included which could reasonably have been foreseen as a possible consequence of the breach of contract.

(2) Indirect losses include:

- (a) loss as a consequence of reduced or discontinued production or trade,
- (b) loss as a consequence of the goods not being utilizable as contemplated,
- (c) loss of profit as a consequence of a contract with a third party becoming inoperative or not being duly performed, but only to the extent that the buyer fails without good grounds to purchase substitute goods or take other measures to avoid or mitigate the loss,
- (d) loss as a consequence of damage to other property than the sold goods themselves and objects for whose manufacture the goods are used or which have a close and direct connection with their contemplated use.

(3) The rules of the preceding paragraph do not apply to costs of:

- (a) customary measures to compensate for the fact that the goods are delayed or lack conformity with the contract, or
  - (b) measures which mitigate other losses than those comprised under the preceding paragraph.
- (4) It can be agreed also in consumer sales that damages are not payable for indirect losses coming under (2) above.

## **Annexe 9: Islande – Sale of Goods Act (Act No 50/2000)<sup>128</sup>**

### **Article 27 Damages**

A buyer may claim damages in respect of losses sustained by him as a consequence of the seller's delay. This does not apply if the seller can demonstrate that the delay was due to an impediment beyond his control, or if he cannot reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the making of the contract, or to avoid or overcome its consequences.

If a delay can be attributed to a third party assigned by the seller to perform the sale in part or in full, the seller is exempt from liability only if the third party would be so exempt also under the rule of the preceding paragraph. The same applies if the delay can be attributed to a supplier employed by the seller or any other person at a prior sale stage.

Release from liability is effective during the time that the impediment exists. If the impediment is removed, liability is restored if the seller is then under obligation to perform and fails to do so. The rules of Paragraphs 1-3 do not apply to indirect losses pursuant to Paragraph 2 of Article 67. In international sales, however, the rules also apply to indirect losses, except as provided in

---

<sup>128</sup> <https://www.stjornarradid.is/media/atvinnuvegaraduneyti-media/media/acrobat/act-no-50-2000-on-the-sale-of-goods.pdf>

Paragraph 3 of Article 70. A buyer may always claim damages if a delay or loss can be attributed to a fault or neglect on the part of the seller.

### **Article 40 Damages**

The buyer may claim damages for losses sustained by him as a result of defects in goods, unless the seller proves that the defects can be traced to the impediments referred to in Article 27. The rules of Articles 27 and 28 apply in this case.

The rules of Paragraph 1 do not apply to indirect losses corresponding to those referred to in Paragraph 2 of Article 67. In international sales, however, the rules also apply to indirect losses except as provided in Paragraph 3 of Article 70.

The buyer may always claim damages if

- a. the defect or loss may be attributed to fault or neglect on the part of the seller, or
- b. if goods did not, at the time of the making of the contract, conform to the undertaking of the seller.

## **Chapter X Extent of Damages. Interest**

### **Article 67 General Rules**

Damages in respect of non-performance on the part of either contracting party shall correspond to the losses, including costs, price differences and lost profits, suffered by the other party as a consequence of the non-performance. However, this applies only to the losses that a party could reasonably foresee as a possible consequence of the non-performance.

Indirect losses refers to

- a. losses which can be attributed to reductions or stoppages in production or business (breakdown in operation);
- b. losses which can be attributed to the fact that goods are not suitable for the intended use;
- c. losses which can be attributed to lost profits, when a contract with a third party is lost or cannot be duly performed, but only to the extent that the buyer fails, without reasonable grounds, to contract with another party or take other measures to prevent or mitigate his losses;
- d. losses which can be attributed to damage to property other than the goods themselves and to items for whose manufacture the goods are used or which are closely and directly connected with their intended use.

The Rules of paragraph 2 do not apply to costs in respect of:

- a. normal measures taken in compensation when goods are delayed or defective, or
- b. measures to mitigate losses other than those covered by Paragraph 2.

In consumer sales it may be stipulated by contract that no damages should be paid for indirect losses covered by Paragraph 2.

## Annexe 10: Le principe de prévisibilité dans les instruments internationaux

### **The Draft Common Frame of Reference (DCFR):**

III. - 3:101. Remedies available.

- (1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.
- (2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages.
- (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance.

III. - 3:701. Right to damages. (1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused.

- (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur.
- (3) "Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

III. - 3:702. General measure of damages. The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived.

III. - 3:703. Foreseeability. The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.

### **Principles of European Contract Law (PECL):**

Art. 8:101. Remedies Available. (1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. [...]

Art. 8:108. Excuse due to an Impediment. (1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences. [...]

Art. 9:501. Right to Damages. (1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.

(2) The loss for which damages are recoverable includes:

- (a) non-pecuniary loss; and
- (b) future loss which is reasonably likely to occur.

Art. 9:502. General Measure of Damages. The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.

Art. 9:503. Foreseeability. The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

### **UNIDROIT Principles:**

Art. 7.1.1. Non-performance defined. Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

Art. 7.4.1. Right to damages. Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.

Art. 7.4.2. Full compensation. (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

Art. 7.4.4. Foreseeability of harm. The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

### Annexe 11: Convention de Vienne sur la Vente Internationale des Marchandises (CVIM) (extraits)

Art. 1. (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

- (a) when the States are Contracting States; or
- (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. (...)

Art. 2. This Convention does not apply to sales:

- (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;
- (b) by auction;
- (c) on execution or otherwise by authority of law;
- (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;
- (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;
- (f) of electricity.

Art. 5. This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

Art. 45. (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:

- (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;
- (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies. [...]

Art. 74. Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

Art. 77. A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

Art. 79. (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

- (a) he is exempt under the preceding paragraph; and
- (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. [...]

## Annexe 12: Le droit américain

### **Restatement 2<sup>nd</sup> of Contracts:**

#### § 347. Measure of Damages in General

Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by

- (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus
- (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less
- (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform.

#### § 350. Avoidability as a Limitation on Damages

(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.

(2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.

#### § 351. Unforeseeability and Related Limitations on Damages

(1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made.

(2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach

- (a) in the ordinary course of events, or
- (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know.

(3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.

#### § 352. Uncertainty as a Limitation on Damages

Damages are not recoverable for loss beyond an amount that the evidence permits to be established with reasonable certainty.

### **Uniform Commercial Code (UCC):**

§ 2-714. Buyer's Damages for Breach in Regard to Accepted Goods. (1) Where the buyer has accepted goods [...] he may recover as damages for any non-conformity of tender the loss resulting in the ordinary course of events from the seller's breach as determined in any manner which is reasonable.

(2) The measure of damages for breach of warranty is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value they would have had if they had been as warranted, unless special circumstances show proximate damages of a different amount.

(3) In a proper case any incidental and consequential damages under the next section may also be recovered.

§ 2-715. Buyer's Incidental and Consequential Damages. (1) Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.

(2) Consequential damages resulting from the seller's breach include

(a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and

(b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.

## Annexe 13: Fiche informative sur le virus Pachéco<sup>129</sup>

American Association of Zoo Veterinarians Infectious Disease Committee Manual 2013

### **PSITTACID HERPESVIRUS 1/PACHECO'S DISEASE**

Animal Group(s) Affected	Transmission	Clinical Signs	Severity	Treatment	Prevention and Control	Zoonotic
Psittacines, rarely passerines	Ingestion of contaminated material from oral secretions or feces.  Aerosol route is possible but not proven.	Death with few premonitory signs.  Rarely nonspecific signs, including lethargy and the presence of bile pigments in urine.  Three of four PcHV-1 genotypes have been associated with oral and cloacal mucosal papillomas.	Dependent on viral genotype and species of birds, death can range from single birds to flock majority.  Virtually all birds showing signs of the acute form will die unless treated.  Mucosal papillomas cause considerable morbidity but are rarely fatal.	Acyclovir is very effective at stopping outbreaks when the entire flock is treated.	Closed flocks, isolating or culling subclinical carriers, and testing new arrivals at quarantine may assist in disease prevention.	No

**Fact Sheet compiled by:** Nadia Stegeman

**Sheet completed on:** 3 August 2011; updated 20 March 2013

**Fact Sheet Reviewed by:** David N. Phalen; Lauren V. Powers

**Susceptible animal groups:** Psittacines; and less commonly passerines although it has been reported in birds such as finches, canaries, and barbets (family Lybiidae).

**Causative organism:** Psittacid herpesvirus 1 (PsHV-1), formerly "Pacheco's disease (PD) virus", has 4 genotypes corresponding to 3 serotypes, and is an alphaherpesvirus. The pathogenicity of genotype varies significantly although all four genotypes have been shown to cause PD. Recently, in African grey parrots, psittacid herpesvirus 2 (PsHV-2) was identified from cloacal mucosa.

**Zoonotic potential:** None reported.

**Distribution:** Presumably worldwide due to bird trade, but it is most prevalent in densely populated captive psittacine collections. Case reports have documented confirmed disease in North America, Europe, Africa, Australia/New Zealand, the Middle East and Asia. A recent study suggests a 7% prevalence of PsHV-1 infection in the general US population of parrots. It is suspected that these viruses have evolved with Central and South American parrots.

**Incubation period:** Experimentally, 5-10 days to establish infection. Papillomas develop within a year of infection.

<sup>129</sup> [https://cdn.ymaws.com/www.aazv.org/resource/resmgr/IDM/IDM\\_Pacheco's\\_Disease\\_2013.pdf](https://cdn.ymaws.com/www.aazv.org/resource/resmgr/IDM/IDM_Pacheco's_Disease_2013.pdf)

**Clinical signs:**

Acute: Death with no premonitory signs, aside from possible depression, anorexia, diarrhea, and yellow urates (biliverdinuria). In antemortem clinical chemistries, marked AST elevation can be found.

Chronic: Oral/cloacal papillomas that produce tenesmus and can be associated with frank blood from the cloaca. In extreme cases, and when bile duct and pancreatic duct carcinomas develop, chronic wasting can occur.

**Post mortem, gross, or histologic findings:**

Due to rapid death, acutely affected birds may show no gross lesions. However, when abnormalities are present, they may be in the liver, spleen, kidneys and intestines. Histopathological findings include multiorgan (e.g., spleen, intestines, pancreas, trachea, air sacs) necrotizing lesions, hemorrhage and congestion of the liver, spleen, and kidneys and hepatomegaly or splenomegaly may be seen. Intranuclear inclusion bodies (Cowdry Type A) are most common in the liver, but have been demonstrated in the kidneys, spleen, pancreas and small intestines.

In the chronic form of the disease, mucosal papillomas may be seen, most commonly in the oral and cloacal mucosa or upper gastrointestinal tract. These lesions are found in the disease complex termed internal papillomatosis of parrots (IPP). A high prevalence of carcinomas in the bile duct and pancreatic duct has been observed in aviaries where IPP had been noted in birds infected with PcHV-1 genotype 3. These tumors can be, but not always, detected with coelomic ultrasound and are associated with a rise in serum GGT. Many ventricular and cloacal carcinomas appear to be caused by PsHVs. Cloacal carcinomas have a grave prognosis due to the reportedly high metastatic rate. One case report discusses chronic active pancreatitis (with diabetes mellitus, weight loss, PU/PD, glucosuria, and hyperglycemia) associated with PsHV-1 infection in a cockatiel (*Nymphicus hollandicus*).

**Diagnosis:**

Inapparently infected birds: Gross identification of mucosal papillomas. PCR or real-time PCR on cloacal, oral mucosal swabs and whole blood. It is important to note that the virus is shed intermittently, leading to the possibility of false negative results by PCR. However, the majority of birds remain PCR positive at all time; the sensitivity of mucosal swabs is higher than that of whole blood. Serology has practical merit.

Birds that are serologically positive are likely latently infected.

Post-mortem specimens: Characteristic histologic findings, electron microscopy, cell culture, immunofluorescent antibody staining and PCR.

**Material required for laboratory analysis:** It is important to note that the virus is shed intermittently, leading to the possibility of false negatives. However, the majority of birds remain PCR positive at all times. The sensitivity of mucosal swabs is higher than that of whole blood.

Pacheco's Disease: Whole blood, tissues (frozen liver/spleen or swabs), frozen liver/spleen for culture, choanal/cloacal swabs, histopathology of liver, spleen, pancreas, intestine, crop

Subclinically infected birds: Choanal/cloaca swabs, serum, whole blood

**Relevant diagnostic laboratories:**

Veterinary Molecular Diagnostics

5989 Meijer Dr. Suite 5

Milford, Ohio 45150

513-576-1808

(PCR based DNA probe; can detect all PsHV-1 variants)

**Treatment:** Acyclovir (80-100mg/kg three times a day for 10 days; Zovivax, GlaxoSmithKline) has been shown to reduce the sickness and death of PsHV-1 affected birds and generally, after a few days of treatment, all deaths cease. Acyclovir has been associated with kidney damage in some species but this problem is uncommon or rare.

Mucosal papillomas typically wax and wane and only require surgical intervention in extreme cases. Surgical resection of papillomas is a palliative treatment.

**Prevention and control:** Screening and isolation of infected individuals is critical. PCR positive birds should be housed separately from other parrots. Macaws, conures and Amazon parrots and should be carefully examined prior to acquisition. That being said, not all PcHV-1 genotypes are serologically cross reactive, meaning that infection with one variant of the virus does not protect from infection from another. Control methods in the midst of an outbreak are debated. While some support catching and moving individual birds, others advocate minimal disturbances until the outbreak is over. Immediate treatment of exposed birds with acyclovir at 1mg/ml drinking water and 400mg/kg of soft mash) is indicated. Gavage feeding at 70-100mg/kg BID has also been suggested.

Commercial monovalent vaccine (killed virus) for PsHV-1 is derived from a single, unreported serotype. It is not known how much protection this vaccination provides against variants other than genotype 1. Complications from vaccine include injection granulomas and acute death. Cockatoos appear to be overrepresented in populations experiencing complications. Additionally the product, Psittimmune PDV (Biomune in Lenexa, Kansas) no longer appears available. One case report suggests autogenous, formalinactivated vaccine with aluminum hydroxide gel adjuvant may stop virus spread, decreasing morbidity and mortality.

Individuals with this disease can continue to be used as breeders. However, all eggs must be artificially incubated and hand-raised until vertical transmission impacts are better established.

**Suggested disinfectant for housing facilities:** As PsHV-1 is an enveloped virus, it is readily inactivated by commonly used disinfectants. EPA approved disinfectant (virucidal, fungicidal, bacteriocidal) or sodium hypochlorite (bleach) solution (800ppm) is effective for most herpesviruses. It can also be inactivated by heating to 56°C for 10 minutes or by exposing it to pH <5.

**Notification:** None required, although notification to institutions that received birds previously exposed to chronic shedders is recommended.

**Measures required under the Animal Disease Surveillance Plan:** Currently none.

**Measures required for introducing animals to infected animal:** Not recommended.

**Conditions for restoring disease-free status after an outbreak:** Isolating infected and exposed individuals, testing exposed individuals after clinical signs in the aviary subside.

**Experts who may be consulted:**

David N. Phalen, DVM, PhD, DABVP (Avian)  
Director Wildlife Health and Conservation Center, University of Sydney  
Sydney, NSW  
david.phalen@sydney.edu.au

**References:**

1. Herpesviridae. 1995. *In*: Ritchie, B.W. Avian Viruses: Function and Control. Wingers Publishing, Lake Worth, Florida. Pp. 171-222.
2. Katoh, H., H. Ogawa, K. Ohya, and H. Fukushi. 2010. A review of DNA viral infections in psittacine birds. *J. Vet. Med. Sci.* 72(9): 1099-1106.
3. Phalen, D., M. Falcon, and E. Tomaszewski. 2007. Endocrine pancreatic insufficiency secondary to chronic herpesvirus pancreatitis in a cockatiel (*Nymphicus hollandicus*). *J. Av. Med. Surg.* 21(2): 140-145.
4. Phalen D., E. Tomaszewski, and D. Styles. 2009. Epizootiology, diversity and pathogenicity of Psittacid Herpesviruses. *Proc. Annu. Conf. Assoc. Av. Vet. Milwaukee, Wisconsin:* 47-51.
5. Phalen, D., and R. Woods. 2009. Psittacid Herpesviruses and mucosal papillomas of psittacine birds in Australia: Fact Sheet. Australian Wildlife Health Network.  
[http://www.wildlifehealth.org.au/Portals/0/Documents/FactSheets/Herpesviruses%20\(Psittacine\)%20Aug%202009%20\(2.2\).pdf](http://www.wildlifehealth.org.au/Portals/0/Documents/FactSheets/Herpesviruses%20(Psittacine)%20Aug%202009%20(2.2).pdf). Accessed 13 August 2013.
6. Phalen, D.N. 2006. Psittacid herpesviruses. *In*: Harrison, G.J. and T. Lightfoot (eds.). *Clinical*

Avian Medicine. Vol. II. Spix Publishing, Inc., Palm Beach, Florida. Pp. 732-734.

7. Styles, D. K., E.K. Tomaszewski, and D.N. Phalen. 2005. A novel psittacid herpesvirus found in African grey parrots (*Psittacus erithacus erithacus*). *Avian Pathol.* 34: 150–154.
8. Tomaszewski, E.K., W. Wigle, and D.N. Phalen. 2006. Tissue distribution of psittacid herpesviruses in latently infected parrots, repeated sampling of latently infected parrots and prevalence of latency in parrots submitted for necropsy. *J. Vet. Diagn. Invest.* 18: 536–544.
9. Tomaszewski, E.K., M. Gravendyck, E.F. Kaleta, and D.N. Phalen. 2004. Genetic characterization of a herpesvirus isolate from a superb starling (*Lamprotornis superbus*) as a psittacid herpesvirus genotype 1. *Avian Dis.* 48(1): 212-214.
10. Tomaszewski, E.K., E.F. Kaleta, and D.N. Phalen. 2003. Molecular phylogeny of the psittacid herpesvirus causing Pacheco's disease: correlation of genotype with phenotypic expression. *J.Virol.* 77: 11260–11267.

FIN DU DOCUMENT