UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes | 1999

Open Access

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

Le contrat inexécuté en droit suisse

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Le contrat inexécuté en droit suisse. In: Contratto inadempiuto : realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo : III Congresso Internazionale ARISTEC Ginevra, 24-27 settembre 1997. Vacca, Letizia (Ed.). Genève. Torino : G. Giappichelli, 1999. p. 173–203.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9640

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

LE CONTRAT INEXÉCUTÉ EN DROIT SUISSE *

LUC THÉVENOZ

En nous invitant à réfléchir au contrat inexécuté, le distinguant ainsi du contrat mal exécuté, le comité de l'ARISTEC est fidèle à une conception classique de la pathologie contractuelle, sur laquelle le droit suisse repose également.

L'inexécution de l'obligation – par l'impossibilité de la prestation ou par la demeure du débiteur – est l'infraction contractuelle centrale [1] de la partie générale du Code suisse des obligations [2]. Elle donne d'ailleurs son titre au chapitre II, "Des effets de l'inexécution des obligations", dont elle occupe presque exclusivement les quatorze articles de loi.

La mauvaise exécution fait certes l'objet de nombreuses dispositions particulières dans la réglementation des contrats spéciaux [3]. Pourtant, elle ne figure que par cette allusion dans le chapitre de la partie générale qui nous intéresse ici:

> «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» (art. 97 al. 1).

---

* Le seules abréviations employées ci-dessous qui pourraient être inconnues du lecteur peu familier avec le droit suisse sont: ATF: *Arrêts du Tribunal fédéral suisse - Recueil officiel* (publié à Lausanne); JdT: *Journal des Tribunaux* (Lausanne); SJ: *La Semaine judiciaire* (Genève); RS: *Recueil systématique des lois fédérales* (Berne)».

[1] Pour une analyse critique des origines historiques de cette approche, qui privilégie l'impossibilité comme problème central de la responsabilité contractuelle, cf. surtout CAYTAS, *Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe*, Wilmington, Delaware, 1984, n.t., 7-20.

[2] Sauf indication contraire, les articles de loi cités sont ceux du Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220).

[3] Pour n'en citer que quelques unes: l'art. 321 (responsabilité du travailleur), 364 (responsabilité de l'entrepreneur); 398 (responsabilité du mandataire), mais aussi art. 197 ss. (garantie du vendeur à raison des défauts de la chose vendue), 259*a* ss. (garantie du bailleur pour les défauts de la chose louée) et 367 ss. (garantie de l'entrepreneur pour les défauts de l'ouvrage).

Le choix du thème de ce congrès est ainsi parfaitement conforme à une phénoménologie des désordres contractuels qui nous est familière et qui semble légitimée par notre tradition romaniste. On peut cependant s'interroger sur l'opportunité d'étudier l'inexécution en laissant de côté la mauvaise exécution du contrat. D'abord, la mauvaise exécution est vraisemblablement la pathologie contractuelle la plus fréquente[4]. On parierait volontiers que la mauvaise qualité des prestations contractuelles occupe plus souvent les tribunaux que le refus ou l'impossibilité de fournir la prestation... mais il faudrait, pour dénouer le pari, une étude statistique de la jurisprudence qui fait défaut.

En outre, dans la jurisprudence et dans la doctrine suisses récentes, c'est bien la mauvaise exécution des obligations – souvent appelée "violation positive du contrat" (positive Vertragsverletzung) par la doctrine suisse-alémanique[5] – qui fait l'objet des plus nombreux développements. Ce phénomène résulte d'une tendance croissante à compléter le contrat par des obligations accessoires (Nebenpflichten, Schutzpflichten, Verhaltenspflichten) tendant à la protection réciproque des intérêts des cocontractants[6]. Il est vrai que cette évolution amène aujourd'hui certains auteurs à proposer de soustraire aux règles sur la responsabilité contractuelle la réparation des dommages autres que ceux qui résultent de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise[7].

Si, comme l'auteur de ces lignes, l'on tient à l'idée que la violation de toute obligation contractuelle relève d'une responsabilité et d'un régime spécifiques[8], sans préjudice de la réparation due au titre de la responsabilité civile lorsque la

---

[4] WIEGAND, in HONSELL-VOGT-WIEGAND, *[Basler] Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR*, 2e éd., Bâle, 1996, N. 7 Einl. zu Art. 97-109; WÖRLEN-MENTZINIS, *Zur Reform des deutschen Schuldrechts, Pratique Juridique Actuelle-Aktuelle Juristische Praxis*, 1993, 785-796, 791 ss.

[5] Cf. KOLLER, *Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, Pratique Juridique Actuelle-Aktuelle Juristische Praxis* 1992, 1483-1500; GAUCH-SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6e éd., Zürich, 1995, t. II, NN. 2603-2621.

[6] WIEGAND, *Die Verhaltenspflichten: Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte*, en *Die Bedeutung der Wörter: Festschrift für Sten Gagnér*, Münich, 1991, 547-563, 561.

[7] Sous réserve de règles plus favorables dans la partie consacrée aux contrats spéciaux, cf. les art. 2 et 13 al. 2 de l'avant-projet du 4 avril 1996 d'un chapitre II, «Des obligations résultant de faits dommageables», formulé par WIDMER et WESSNER, précisé par ce dernier dans "*Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile*", *Revue Suisse d'Assurances-Schweizerische Verischerungs-Zeitschrift*, 1997, 16-21, discuté notamment par FELLMANN, *Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?, recht* 1997, 95-107, et par WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverlezung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, en *Revue de droit suisse-Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1997 I, 343-385.

[8] Ce qui mériterait d'être démontré, mais ne peut malheureusement pas l'être ici.

violation du contrat constitue en même temps un acte illicite[9], il y a un danger tout particulier à distinguer trop fortement entre inexécution et mauvaise exécution du contrat. On y perd la vision d'ensemble et l'harmonie nécessaire au régime des infractions au contrat. Si l'on admet, responsabilité civile réservée, que l'infirmière qui oublie l'heure de la piqûre, le veilleur de nuit endormi et le droguiste qui confond les étiquettes d'un sirop et d'un pesticide ne répondent pas selon des régimes légaux différents[10], alors il convient de ne pas perdre de vue la mauvaise exécution du contrat lorsqu'on s'intéresse à son inexécution.

Ce *caveat* n'ôte rien à l'intérêt d'étudier dans une approche critique et comparative le régime juridique de l'inexécution, ce qui est la richesse du présent colloque. Toutes les controverses ne sont pas résolues, tous les problèmes n'ont pas trouvé une solution certaine et équitable, tant s'en faut. Il y a donc largement matière à réflexion.

L'ampleur des questions à traiter, même en se limitant au seul droit suisse, impose des choix et une perspective. Dans ces quelques pages, je vais montrer que le droit suisse de la responsabilité contractuelle s'intéresse à la violation des obligations plutôt qu'à celle des contrats (I) et qu'il repose sur une casuistique légale de ces violations (II). Il en résulte de nombreuses difficultés de délimitation entre les états de fait distingués par le législateur (III) et des effets juridiques controversés (IV). Une telle approche, qui a inspiré autant le législateur allemand que le Code suisse des obligations, est aujourd'hui dépassée: ainsi que le montrent les développements actuels de la codification internationale, il serait judicieux d'abandonner une casuistique *a priori* pour lui préférer une conception unitaire des infractions contractuelles, quitte à en distinguer les effets suivant la nature ou l'intensité de celles-ci (V).

1. Une approche atomistique

Soucieux de construire la molécule à partir de l'atome, le Code des obligations s'intéresse principalement à "l'inexécution des obligations", comme l'indiquent sans ambiguïté le titre du chapitre II et le texte de la norme fondamentale qu'est l'art. 97 al. 1[11].

---

[9] Le Code suisse des obligations repose sur le principe général du concours entre les prétentions contractuelles et extracontractuelles, cf. Oftinger-Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil*, 5e éd., Zürich 1995, 682-695.

[10] Les exemples sont empruntés à Petitpierre, *Les fondements de la responsabilité civile*, *Revue de droit suisse-Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1997, I, 273-295, ici 283.

[11] Cité *supra* dans l'introduction.

La responsabilité dite contractuelle est en fait la responsabilité pour violation d'une obligation, c'est-à-dire d'un devoir juridique relatif [12]. Le chapitre II règle l'inexécution de toute obligation, quelle que soit sa source (contrat, enrichissement illégitime, gestion d'affaires sans mandat, voire acte illicite) et la nature de la prestation due [13]. Ce n'est pas le contrat comme tel, mais chacune des obligations – principale ou accessoire; expresse, implicite ou légale – qui est au cœur de la réglementation. Les art. 97 et suivants ne traitent du rapport d'obligation que par une sorte d'effet réflexe [14].

Certes, les obligations résultant d'un contrat sont les candidates les plus nombreuses à l'application de ces règles, et celles qui suscitent le plus de questions. Pourtant, le contrat n'apparaît qu'isolément, lorsqu'il convient de régler les conséquences que l'inexécution d'une obligation peut entraîner pour le "contrat bilatéral" dont elle résulte. Dans le chapitre II, ce problème n'apparaît qu'aux art. 107 à 109 qui, sous certaines conditions, permettent au créancier d'un débiteur en demeure de renoncer à la prestation en nature et d'exiger des dommages-intérêts, ou encore de résoudre le contrat afin de se libérer de l'obligation de fournir la contre-prestation [15].

---

[12] C'est ce qui distingue, *de lege lata,* la responsabilité dite contractuelle de celle dite délictuelle ou extracontractuelle réglée aux art. 41 ss., laquelle se caractérise par un acte illicite, c'est-à-dire par la violation d'un devoir *général* (et non d'un devoir relatif). Ces deux types de responsabilité ont en commun la violation d'un devoir (d'agir, de ne pas faire ou de tolérer), mais se distinguent par le cercle des personnes qui lui sont assujetties. Une obligation (livrer la chose vendue, payer un salaire, etc.) lie un, parfois plusieurs débiteurs; un devoir général oblige quiconque se trouve dans la situation visée par la règle (ne pas s'approprier le bien d'autrui, ne pas léser l'intégrité corporelle d'autrui, etc.). C'est par le caractère particulier du rapport juridique qui donne naissance à l'obligation que l'on justifie généralement le régime juridique différent de la responsabilité correspondante (présomption de faute, responsabilité stricte pour auxiliaire, prescription longue), même si l'interprétation jurisprudentielle tend à rapprocher les deux régimes, par exemple par une aggravation de la preuve libératoire du commettant responsable de l'acte illicite de son préposé (art. 55). Comme on l'a vu (cf. *supra* nt. 7), cette distinction est aujourd'hui critiquée. Cf. également les contributions fondamentales de YUNG, *Devoirs généraux et obligations*, en *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, 163-179, reproduit in *Études et articles*, Genève 1971, 111-127, et de JÄGGI, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, en *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, 181-197, reproduit in *Privatrecht und Staat*, Zürich 1976, 164-179.

Il faut encore relever que la jurisprudence fédérale récente semble désormais reconnaître une responsabilité fondée sur la confiance, qui comprend notamment la *culpa in contrahendo*, et dont la nature ne serait ni délictuelle ni contractuelle, cf. surtout CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance*, *SJ* 1997, 165-176.

[13] GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 2567-2571.

[14] Cf. WIEGAND, *Von der Obligation zum Schuldverhältnis: Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts,* Teil *1*, *Recht* 1997, 85-94.

[15] On y revient *infra* II d).

On retrouve les contrats bilatéraux en trois autres endroits. Au chapitre consacré à l'exécution des obligations d'abord, aux art. 82 (*exceptio non adimpleti contractus*) et 83 (résolution unilatérale par le créancier en cas d'insolvabilité du débiteur). Au titre consacré à l'extinction des obligations ensuite, à l'art. 119 qui règle le sort des obligations dont l'exécution est devenue impossible [16]. Ce bref inventaire illustre un autre aspect de l'approche législative: la matière qui nous intéresse ici n'est pas intégrée dans un seul chapitre du Code des obligations. Elle est en fait éparpillée selon une casuistique légale qui distingue différents cas d'inexécution des obligations (et donc des contrats), en leur attachant des effets juridiques fortement différenciés. On y revient à la section suivante.

Tous ces passages de la loi ont cependant un trait commun: allant du simple au complexe, le législateur s'intéresse à l'inexécution de l'obligation avant de se préoccuper du rapport d'obligation. Et celui-ci n'est pas appréhendé dans sa généralité: il n'est visé par le législateur que lorsqu'il peut être qualifié de contrat bilatéral. L'interprétation historique de cette notion suggère un contrat portant sur l'échange, souvent simultané, de deux prestations principales réputées d'égale valeur [17].

La loi ne nous dit pas ce qu'il advient lorsqu'une partie seulement d'une obligation principale reste inexécutée, ou lorsque c'est le cas d'une obligation accessoire. Elle ne règle pas davantage l'inexécution de prestations dans le cadre d'un contrat de durée, à exécution successive ou à exécution continue. Ainsi, le contrat n'est pas perçu comme un tout, mais comme une somme d'obligations qui peuvent entretenir certaines relations de dépendance réciproque.

2. Une approche casuistique

Comme on vient de le relever, le pointillisme législatif est renforcé par une approche casuistique du contrat inexécuté comme phénomène juridique à régler et, en outre, par une systématique critiquable, pour ne pas dire défectueuse.

Si on le lit en commençant par ses titres marginaux [18], le chapitre II ("Des effets de l'inexécution des obligations") du titre deuxième ("De l'effet des obligations") distingue entre l'"Inexécution" (art. 97 à 101) et la "Demeure du débiteur" (art. 102 à 109). Au sens étroit des art. 97 à 101, l'*inexécution* est en fait l'impossi-

---

[16] Cf. *infra* II c).

[17] Cf. *infra* III b).

[18] Les notes marginales appartiennent au texte de la loi, Deschenaux, *Titre préliminaire du code civil*, Fribourg 1969, 72; Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, t. I, 124.

bilité fautive de fournir la prestation [19], ou plutôt l'impossibilité du créancier d'en obtenir l'exécution [20]. On ne saurait cependant attacher une trop grande importance à cette systématique.

D'abord, on l'a vu, les art. 97 et suivants ne visent pas seulement l'impossibilité, mais aussi la mauvaise exécution des obligations [21]. On n'y reviendra pas.

Ensuite, et surtout, les art. 97 à 101 servent de règles générales à l'ensemble de la responsabilité contractuelle au sens où on l'a définie plus haut. L'art. 97 al. 1, qui présume la faute du débiteur mais permet à celui-ci de s'exculper [22], vaut également pour la responsabilité du débiteur en demeure, même lorsque la loi ne le rappelle pas [23]. L'art. 101, qui institue la responsabilité du débiteur pour les auxiliaires auxquels il délègue l'exécution de tout ou partie de ses obligations, est une norme générale d'imputation qui vaut également pour la responsabilité du débiteur en demeure. De même l'art. 98 permet au créancier d'une *obligatio faciendi* de se faire autoriser par le juge à l'exécution par substitution (art. 98 al. 1) non seulement lorsque son débiteur se trouve dans l'impossibilité personnelle de fournir le service promis, mais aussi lorsqu'il refuse de le faire [24]. On arrête ici une énumération que l'on pourrait allonger.

Lire ainsi les art. 97 à 101 comme les règles fondamentales de la responsabilité pour violation d'une obligation ne nous dispense malheureusement pas de prendre en considération la casuistique légale sous-jacente au Code. Celui-ci établit une typologie du contrat inexécuté et différencie les effets juridiques de l'inexécution en fonction d'un classement *a priori* des circonstances qui la causent. On com-

---

[19] Par opposition à l'impossibilité non imputable au débiteur, qui libère celui-ci conformément à l'art. 119, "Impossibilité de l'exécution". Cf. surtout WIEGAND, *Die Leistungsstörungen*, *recht* 1983, 1-9 [ici: 1-3], 118-131 et *recht* 1984, 13-22; GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, N. 2602 et références.

[20] "Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ...".

[21] "...ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement ...". Cf. GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 2603-2621 et KOLLER (n. 5), 1483 ss.

[22] La portée exacte de cette présomption est controversée s'agissant de la responsabilité pour violation d'un devoir de diligence, cf. WERRO, *La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle*, *Revue de droit suisse-Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1989, I, 253-299; GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 2760 ss.

[23] Les art. 103 al. 2, 106 al. 1 et 109 al. 2 répètent que le débiteur qui prouve n'avoir pas encouru de faute n'est pas tenu de dommages-intérêts. L'art. 107 al. 2 ne le fait pas: il est constant que la même preuve libératoire est ouverte, dont le principe général est énoncé à l'art. 97 al. 1, GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, N. 3023 et références; ATF 123 III 16, 23.

[24] Comparer les art. 366 al. 2 et 368 al. 2. Cf. GAUCH, *Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung: Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts*, *recht* 1987, 24-28.

mence ici par présenter cette typologie telle qu'elle est consacrée par la jurisprudence ainsi que par la doctrine dominante. On examinera ensuite les substantiels problèmes de qualification qui en résultent (3).

a) *Impossibilité initiale objective, un problème de validité du contrat*

Le contrat dont l'objet est impossible, c'est-à-dire dont l'une au moins des prestations promises est juridiquement ou matériellement impossible, est nul en vertu de l'art. 20 al. 1, ou éventuellement partiellement nul si l'on doit admettre que les parties en auraient limité l'objet à ce qui est possible (art. 20 al. 2), le cas échéant à des conditions différentes[25].

Il est constant que cette nullité vise l'impossibilité initiale (antérieure à la conclusion du contrat), objective (c'est-à-dire qui ne tient pas à la seule personne du débiteur ou à sa capacité de fournir la prestation, sauf si la prestation est strictement liée à sa personne) et définitive, ou à tout le moins durable[26].

Ainsi, l'impossibilité initiale objective et définitive ne relève-t-elle pas des règles sur l'inexécution du contrat, mais sur sa formation, ou plutôt sur sa validité. Elle repose sur une radicalisation justement critiquée de la maxime de CELSUS (*Impossibilium nulla obligatio*, Dig. 50, 17, 185)[27].

Lorsque l'une des parties a fautivement causé cette impossibilité initiale ou a autrement violé ses obligations précontractuelles, elle répond du dommage qu'elle a causé à l'autre (*culpa in contrahendo*)[28]. L'étendue de cette responsabilité est en principe limitée à l'intérêt négatif – qui correspond au reliance interest de la Common law ou au Vertrauensinteresse du droit allemand –, c'est-à-dire au préjudice subi par le cocontractant du fait qu'il a exposé des dépenses (voire renoncé à des recettes) en vue de conclure un contrat qui s'avère nul[29].

---

[25] Sur la nullité partielle modifiée telle qu'elle résulte de la jurisprudence, cf. notamment HÜRLIMANN, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, thèse, Fribourg 1984; GAUCH, *Modifizierte Teilnichtigkeit: Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.*, *recht* 1983, 95-100.

[26] Sur les conditions, en partie controversées, de cette impossibilité, cf. surtout KRAMER, *Berner Kommentar*, t. VI/1/2/1a [Art. 19-22 OR], Berne 1991, NN. 240-256 ad art. 19-20.

[27] Cf. KRAMER (n. 26), NN. 235-239 ad art. 19-20, avec références.

[28] GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. I, NN. 962a ss.

[29] Cf. ANEX, *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, thèse, Lausanne 1977; et surtout la contribution fondamentale de FULLER-PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *The Yale Law Journal* 46/1936, 52-96; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford 1988, 82-84. PETITPIERRE fait justement remarquer que la violation de certaines obligations précontractuelles peut obliger à indemniser l'intérêt positif du créancier, c'est-à-di-

b) *Incapacité initiale subjective, un cas particulier d'inexécution*

L'empêchement initial qui frappe le débiteur dans sa capacité de fournir la prestation sans réaliser les conditions de l'impossibilité objective n'affecte pas la validité du contrat, mais la possibilité d'en obtenir l'exécution du débiteur. L'art. 20 n'est pas applicable et le créancier, qui "ne peut obtenir l'exécution de l'obligation", peut exiger des dommages-intérêts conformément à l'art. 97 al. 1. Le débiteur ainsi empêché ne peut en principe pas s'exculper car la jurisprudence retient à sa charge une faute lorsqu'il s'est engagé alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il pourrait se trouver empêché dans sa capacité de fournir la prestation (Übernahmeverschulden)[30].

Le créancier a droit à l'indemnisation de son intérêt à l'exécution du contrat (intérêt positif)[31], qui comprend à la fois la perte éprouvée et le gain manqué que lui causent l'inexécution. Puisque le contrat n'est pas affecté dans sa validité, une éventuelle contre-prestation reste due.

c) *Impossibilité subséquente*

Lorsque la prestation devient impossible après la conclusion du contrat, la loi distingue deux hypothèses, et en oublie une troisième.

1° L'obligation de fournir la prestation devenue impossible est remplacée par une dette de dommages-intérêts lorsque la responsabilité du débiteur est engagée à raison de sa faute personnelle (qui est présumée, art. 97 al. 1), du comportement contraire au contrat de son auxiliaire (art. 101), ou encore parce qu'il se trouvait fautivement en demeure de fournir sa prestation lorsque celle-ci est devenue impossible par cas fortuit (art. 103). Le contrat subsiste, et le créancier reste tenu de fournir sa contre-prestation.

---

re son intérêt à l'exécution du contrat, cf. *Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie*, en *Mélanges Halûk Tandogan*, Ankara, 1990, 165-171.

[30] ATF 117 II 72 (incapacité du bailleur de mettre les locaux à la disposition du locataire en raison de la prolongation judiciaire de l'ancien bail) ; ATF 88 II 195 c. 5, *JdT* 1963 I 187 (rés.) (non-obtention d'une licence d'importation) ; 42 II 367, 372.

[31] Pour le dire très brièvement, l'intérêt positif au sens du droit suisse coïncide avec la définition qu'en donne l'art. 4.502 des Principes européens du droit des contrats, à savoir "un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. [Ces dommages-intérêts] tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé". L'intérêt positif correspond ainsi à l'*expectation interest* de la *Common law* et au *Erfüllungsinteresse* du droit allemand. Cf. COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, *Les principes du droit européen du contrat: L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française, Paris 1997, 238-240.

2° Le débiteur est toujours libéré de son obligation, qui s'éteint, et ne doit point d'indemnité lorsque cette impossibilité résulte de circonstances qui ne lui sont pas imputables (art. 119 al. 1)[32]. Dans les contrats bilatéraux, il perd en principe son droit à la contre-prestation[33].

3° Le débiteur de la prestation devenue impossible est également libéré de son obligation lorsque l'impossibilité est imputable au créancier (art. 119 al. 1 par analogie). En revanche, il ne perd pas son droit à la contre-prestation puisque son impossibilité de prester est imputable à son créancier. Le cas échéant, il doit cependant lui remettre les valeurs de remplacement[34].

d) *La demeure: le retard dans l'exécution d'une prestation possible*[35]

Enfin, tous les cas où le débiteur ne fournit pas sa prestation alors qu'elle reste possible relèvent de la demeure (*mora debitoris*). Celle-ci résulte soit d'une interpellation faite par le créancier au débiteur, soit d'un fait équivalent tel qu'un terme convenu par les parties (art. 102).

La faute n'est pas une condition de la demeure. Mais la demeure non fautive n'a que peu de conséquences. Principalement, elle conserve au créancier son droit à exiger la prestation «in forma specifica». En outre, mais seulement pour les dettes d'argent, elle fait courir l'intérêt moratoire (art. 104).

Si la responsabilité du débiteur est engagée, que ce soit par l'effet de sa faute (qui est présumée, art. 103 al. 2) ou du fait d'un auxiliaire contractuel (art. 101), il doit en outre indemniser le créancier de tout le dommage que lui cause le retard dans la prestation et répond même du cas fortuit (art. 103 al. 1).

Dans les contrats bilatéraux, la demeure (même non fautive) permet au créancier, en principe après la fixation d'un délai de grâce (Nachfrist, art. 107 al. 1 et 108), de choisir entre trois voies. Il exerce ce choix par un acte formateur, c'est-à-

---

[32] C'est-à-dire quand sa responsabilité n'est pas engagée au sens de l'hypothèse précédente.

[33] Le débiteur de la contre-prestation n'est libéré que pour autant que ni la loi (cf. art. 185, 324*a*, 376: transfert des risques dans la vente, le contrat de travail ou le contrat d'entreprise) ni le contrat ne lui en fassent supporter le risque (art. 119 al. 3). Même libéré de sa prestation, il doit remettre au débiteur de la prestation impossible les valeurs de remplacement, A. VON TUHR-A. ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3e éd., Zürich 1974, 131.

[34] Cf. AEPLI, *[Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V, 1h [Art. 114-126 OR], 3e éd., Zürich 1991, NN. 149-153 ad art. 119.

[35] Voir notamment SCHENKER, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Fribourg 1988.

dire par une déclaration unilatérale de volonté adressée au débiteur et qui déploie ses effets dès le moment où elle entre dans la sphère de puissance de celui-ci (principe de la réception). Cette demeure qualifiée permet au créancier de:

1° Continuer à exiger l'exécution «in forma specifica» de la prestation due (art. 107 al. 2, 1ère voie), tout en conservant ses droits résultant des règles générales sur la demeure (dommages-intérêts de retard, intérêt moratoire, etc.).

2° Renoncer à la prestation de son débiteur en nature et provoquer sa transformation en une indemnité à hauteur du dommage qui résulte de l'inexécution (intérêt positif[36]; art. 107 al. 2, 2e voie). Lorsque le créancier choisit cette deuxième voie, il transforme la dette de son débiteur sans toucher aux autres effets du contrat. Il reste donc tenu de ses propres obligations[37].

3° Résoudre le contrat, ce qui dispense chaque partie de fournir sa prestation, oblige à la restitution des prestations déjà fournies et permet au créancier d'exiger de son débiteur qui était en demeure la réparation du dommage qui résulte pour lui de la caducité du contrat (intérêt négatif[38]).

Si ce choix entre trois voies (maintien du contrat tel quel, renonciation à la prestation dont l'exécution tarde ou résolution du contrat) existe indépendamment de tout chef de responsabilité dans la personne du débiteur, les dommages-intérêts du fait de l'inexécution de la prestation (deuxième voie: intérêt positif) ou du fait de la caducité du contrat (troisième voie: intérêt négatif) supposent la faute du débiteur, qui est présumée (art. 97 al. 1, 103 et 109 al. 2), ou sa responsabilité du fait d'un auxiliaire (art. 101).

e) *Résumé*

Pour en résumer le système à l'extrême, le Code suisse des obligations distingue fondamentalement entre deux causes d'inexécution des obligations et des contrats:

– *l'impossibilité de l'exécution* libère le débiteur de l'obligation de fournir la prestation devenue impossible mais l'oblige à indemniser l'intérêt de son cocontractant à l'exécution du contrat quand il réalise un chef de responsabilité – soit essentiellement sa faute personnelle ou le fait de son auxiliaire; dans les contrats bilatéraux, et sous réserve des règles légales ou contractuelles instaurant un trans-

---

[36] Cf. *supra* nt. 31.

[37] Sous réserve de la théorie de la différence, cf. *infra* IV c), notamment nt. 106.

[38] Cf. *supra* nt. 29.

fert des risques, le créancier ne reste tenu de sa propre prestation que s'il obtient des dommages-intérêts, qui constituent donc une prestation de remplacement de celle dont l'exécution est devenue impossible;

– à l'inverse, *la demeure du débiteur* (c'est-à-dire l'inexécution sans impossibilité) maintient l'obligation originaire du débiteur, mais l'oblige (principalement) à payer des dommages-intérêts de retard s'il réalise un chef de responsabilité; dans les contrats bilatéraux, en principe après la fixation d'un délai de grâce, le créancier se voit reconnaître un choix entre *(i)* le simple maintien de la demeure, avec ses conséquences ordinaires; *(ii)* la renonciation à la prestation originaire et son remplacement par des dommages-intérêts positifs, pour autant bien sûr que le débiteur encoure un chef de responsabilité; *(iii)* la résolution du contrat, qui libère les deux parties de leurs obligations et oblige le débiteur responsable de sa demeure à indemniser l'intérêt négatif de son cocontractant.

La disparition automatique de l'obligation originaire en cas d'impossibilité s'oppose à sa disparition facultative au choix du créancier en cas de demeure. Comme on le devine, la délimitation entre impossibilité et demeure est donc la clé de voûte du système. Elle est l'une des difficultés que suscite la casuistique *a priori* adoptée par le législateur.

3. Difficultés de qualification

Une typologie savante de la pathologie contractuelle, fondée sur les interrelations complexes d'un certain nombre de dispositions légales éparpillées dans différentes parties du Code (art. 20: conclusion du contrat; art. 97 ss. et 102 ss.: inexécution des obligations; art. 119: extinction des obligations) soulève de nombreux problèmes de qualification, c'est-à-dire de délimitation entre les états de fait des normes qui ont vocation à s'appliquer. On en examinera trois parmi les plus notables, qui continuent de faire l'objet de controverses.

a) *"Impossibilité subjective" ou demeure?*

Impossibilité et demeure sont mutuellement exclusives. La première empêche la formation du contrat (impossibilité initiale)[39] ou cause l'extinction de l'obligation *ipso iure* (impossibilité subséquente), laquelle est remplacée par des domma-

[39] Cf. *supra* II a) pour l'impossibilité objective.

ges-intérêts lorsque la responsabilité du débiteur est engagée[40]. La demeure laisse subsister l'obligation et, dans les contrats bilatéraux[41], permet au créancier de décider du sort du contrat[42].

La définition de l'impossibilité – en particulier son extension aux situations où elle n'est pas objective en ce sens qu'un empêchement frappe le débiteur tandis que d'autres personnes seraient à même d'exécuter l'obligation ("impossibilité" ou incapacité dites subjectives) – reste cependant délicate et controversée[43].

i) Il est constant que l'exécution d'une obligation est impossible lorsque cette impossibilité est objective, c'est-à-dire qu'elle s'impose non seulement au débiteur, mais qu'elle empêche quiconque de fournir la prestation. C'est le cas des impossibilités imposées par les lois de la nature (créer un *mobilum perpetuum*[44]), mais aussi de celles qui résultent de l'état actuel des connaissances et de la technologie (produire un textile léger, confortable et absolument ininflammable, remettre la possession d'une bague tombée au fond du Lac Léman[45]). L'impossibilité peut aussi être juridique (concéder une licence de 50 ans sur un brevet dont la durée est limitée à 20 ans). Certains cas limites prêtent cependant à discussion[46].

ii) Mais qu'en est-il d'une impossibilité qui touche le seul débiteur, alors que d'autres personnes (qui ne sont pas débitrices de l'obligation) pourraient fournir la prestation? Là encore, il faut distinguer deux hypothèses.

Lorsque le débiteur a été choisi en raison de sa personne, de ses qualités, de ses compétences, de son renom, de sorte que toute exécution par un tiers serait soit impossible (seule la société Coca Cola, Inc. dispose de la formule de cette boisson, personne n'ayant jusqu'ici su la reconstituer) soit de moindre valeur pour le créancier (décès de Picasso avant l'exécution du portrait commandé), l'opinion domi-

---

[40] Cf. *supra* II c).

[41] C'est l'objet d'un deuxième problème de qualification, cf. *infra* III b).

[42] Cf. *supra* II d).

[43] Le meilleur aperçu se trouve désormais chez PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance: Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg 1997, 72-99.

[44] Exemple emprunté à CAYTAS (n. 1), 23.

[45] Le deuxième exemple montre cependant que les impossibilités technologiques sont rares si on ne prend pas en considération le coût raisonnable de l'exécution. Un bathyscaphe muni des détecteurs appropriés peut entreprendre une telle recherche, sans certitude d'aboutir, mais on ne peut l'exiger de quiconque. On pourrait cependant juger différemment la promesse éclairée d'entreprendre une telle recherche.

[46] Cf. GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 3149-3156.

nante est que personne d'autre que le débiteur définitivement empêché ne peut objectivement fournir la prestation promise, de sorte que celle-ci est réputée objectivement impossible[47].

Est en revanche controversée l'hypothèse où d'autres personnes que le débiteur seraient en mesure de fournir la prestation sans que le créancier n'en subisse d'inconvénient majeur. Ainsi du fabricant d'un bien courant qui n'obtient pas une autorisation administrative pour l'exportation[48], du photographe chargé de faire des clichés d'un bâtiment qui perd l'usage de la vue, du coursier qui se casse la jambe, du bailleur qui ne peut pas délivrer les locaux à son locataire parce que ceux-ci sont encore occupés, ou même du vendeur d'une voiture d'occasion qui ne peut livrer parce que la voiture lui a été dérobée[49].

Aussi délicate qu'elle soit parfois, la nécessité d'une telle distinction entre impossibilité objective et incapacité subjective est reconnue par tous lorsque l'empêchement est antérieur à la conclusion du contrat. On a vu en effet que l'impossibilité objective initiale est une cause de nullité du contrat[50], alors que l'incapacité subjective initiale donne lieu à des dommages-intérêts[51].

En revanche, la doctrine majoritaire[52], suivie par le Tribunal fédéral[53], assimile incapacité subjective et impossibilité objective subséquentes et leur applique les art. 97 al. 1 et 119, de sorte que l'obligation originaire est éteinte dès sa survenance et que le débiteur, s'il réalise un chef de responsabilité, est tenu d'indemniser son créancier[54].

iii) Cette assimilation est erronée et repose sur une mauvaise analyse de l'inca-

---

[47] GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 3149 et 3152 et références.

[48] ATF 111 II, 352, JdT 1986, I, 73 (licence d'exportation pour une installation atomique); cf. ATF 88 II, 195 c. 5, JdT 1963, I, 187, 188 (rés.) (licence d'importation pour des bas de dames).

[49] Il faut en distinguer l'obligation dont l'exécution est possible, mais trop onéreuse ou source d'inconvénients excessifs pour le débiteur «Unerschwinglichkeit», ainsi d'un gendre divorcé à qui la présence de ses beaux-parents dans sa maison devient intolérable (ATF 82, II, 332 c. 5, JdT 1957, I, 71. La question relève de la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*).

[50] Cf. *supra* II a).

[51] Cf. *supra* II b).

[52] Cf. surtout GUHL-MERZ-KOLLER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8e éd., Zürich 1995, 39 et 223; VON TUHR-ESCHER (n. 33), 94; WIEGAND (n. 4), NN. 11-14 ad art. 97; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales*, 2e éd., Berne 1997, 706.

[53] Cf. les trois arrêts précités, où l'on constate cependant que le Tribunal fédéral ne discute pas de manière approfondie cette qualification.

[54] Cf. *supra* II c).

pacité subjective, qui ne doit pas être assimilée à l'impossibilité objective[55]. Les règles sur la demeure visent aussi bien le débiteur récalcitrant (qui refuse d'exécuter sa prestation) que celui qui est empêché de fournir sa prestation pour des motifs exclusivement personnels (refus d'approvisionnement de son fournisseur, interruption de l'exploitation de son entreprise, etc.). Elles s'appliquent à toute inexécution d'une prestation objectivement possible, pour laquelle elles prévoient un régime plus adéquat que l'extinction automatique de l'obligation originaire et son éventuel remplacement par des dommages-intérêts[56].

– Il n'est pas aisé de déterminer si un débiteur est "personnellement absolument" empêché de fournir sa prestation ("impossibilité" subjective) ou si celle-ci ne peut pas être exigée de lui malgré des difficultés ou des coûts supérieurs à ceux qu'il avait escomptés (demeure du débiteur). La difficulté est d'autant plus grande que, si l'on applique l'art. 97 à la première hypothèse, le fardeau de la preuve de cette impossibilité est à la charge du créancier (art. 8 du Code civil). Assimiler le débiteur qui est personnellement empêché de fournir sa prestation au débiteur qui ne veut pas la fournir évite une distinction délicate et parfois arbitraire.

– Il est souvent difficile, pour le créancier et même pour le débiteur, de déterminer d'emblée si l'empêchement est définitif. Le photographe recouvrera-t-il la vue? Une licence ou une autorisation ne sera-t-elle pas finalement octroyée après recours? La voiture volée sera-t-elle retrouvée, et dans quel état? Quand l'appartement occupé sans droit sera-t-il évacué et disponible pour le nouveau locataire? Les règles sur l'impossibilité opèrent immédiatement, dès la survenance de l'impossibilité, en éteignant *ipso jure* l'obligation originaire et en la remplaçant, le cas échéant, par une dette de dommages-intérêts. Elles obligent donc à distinguer d'emblée entre impossibilité définitive et impossibilité temporaire. Au contraire, les règles sur la demeure permettent au créancier d'attendre s'il le souhaite et de choisir la voie qui correspond le mieux à ses intérêts. Le débiteur incapable de prester ne doit indemniser son créancier du dommage causé par le retard que s'il encourt une responsabilité. En outre, dans les contrats bilatéraux, les art. 107 et

---

[55] Cf. surtout GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 3140-3147; SCHÖNLE, *[Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. V 2a [Art. 184-191 OR], Zürich 1993, NN. 169, 172 et 176 ad art. 184 ; SCHENKER (n. 35), NN. 17-23; VON BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, Zürich 1964, 365 et 390; AEPLI (n. 34), N. 49 ad art. 119. PICHONNAZ (n. 43), 111-123, aboutit au même résultat en constatant qu'il n'y a qu'une seule notion d'impossibilité qui est commune aux art. 20 et 119 (l'impossibilité objective) et que les autres difficultés ou obstacles à l'exécution ne relèvent pas de ces dispositions, ce qui justifie de renoncer à la notion même d'impossibilité subjective.

[56] Cela n'est vrai que si l'on interprète extensivement la notion de "contrat bilatéral" dont dépend l'application des art. 107 à 109, cf. *infra* III b).

suivants laissent le créancier juge du moment où le retard lui fait perdre son intérêt à l'exécution en nature. Ils lui laissent également le choix de renoncer aux dommages-intérêts positifs, qui supposent la fourniture de sa contre-prestation en nature (théorie de l'échange) ou en valeur (théorie de la différence), pour lui préférer la résolution pure et simple du contrat.

– Même lorsqu'elle est définitive et fautive, l'incapacité subjective du débiteur de fournir la prestation ne justifie pas forcément une transformation en dommages-intérêts. Lorsqu'il s'agit de la fourniture d'un service qui n'est pas totalement déterminé par la personne du débiteur, le créancier peut avoir intérêt à l'exécution par un tiers aux frais et aux risques de son débiteur, après obtention d'une autorisation judiciaire (art. 98 al. 1), voire sans celle-ci lorsque la loi le permet (art. 366 al. 2 pour le contrat d'entreprise[57]). Le créancier peut aussi préférer résoudre le contrat pour se dispenser de fournir sa propre prestation, soit que celle-ci s'avère plus onéreuse qu'il ne l'avait pensé, soit qu'il ne fût d'accord de la faire qu'en échange d'un résultat déterminé dont il est effectivement privé par l'incapacité subjective de son débiteur.

– Le débiteur incapable de prester n'est pas pour autant livré à l'arbitraire de son créancier. Celui-ci reste tenu par les règles de la bonne foi et ne peut pas abuser de son droit (art. 2 al. 2 c.c.). Il reste notamment obligé de minimiser son propre dommage[58]. Il ne peut donc en principe pas maintenir sa prétention en exécution et réclamer des dommages-intérêts pour cause de retard lorsque ceux-ci perdent toute proportion avec son intérêt à l'exécution du contrat.

Certes, admettre un régime différent pour l'impossibilité objective (art. 97 al. 1 et 119) et pour l'incapacité subjective (art. 102 ss.) renforce l'importance d'un critère fiable de distinction, une tâche qui ne sera probablement jamais complètement achevée. On ne peut cependant pas en faire l'économie en renonçant ici à un régime différencié dès lors que, de jurisprudence et de doctrine constantes, les conséquences de l'impossibilité initiale sont fondamentalement différentes suivant que cette impossibilité est objective ou subjective.

C'est pourquoi il convient de reconnaître que l'incapacité subjective, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la conclusion du contrat, ressortit aux règles sur la demeure (art. 102 et suivants).

---

[57] L'art. 366 al. 2 permet au maître de confier à un tiers l'achèvement des travaux lorsqu'il constate un défaut en cours d'exécution, défaut auquel l'entrepreneur ne veut pas ou ne peut pas remédier. L'application analogique de ce principe à la réfection des défauts par un tiers dans le cadre de la garantie de l'entrepreneur (soit après achèvement et livraison de l'ouvrage) est controversée, cf. ATF 107, II, 50, JdT 1981, I, 269, critiqué par GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4e éd., Zürich 1996, NN. 1821-1823.

[58] Art. 44 al. 1, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 3.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que les partisans d'une assimilation de l'incapacité subjective à l'impossibilité objective (art. 97 al. 1 ou 119) cherchent à remédier aux inconvénients de l'art. 97 en reconnaissant, *praeter legem*, un droit de résolution au profit du créancier, lui permettant ainsi de renoncer à fournir sa propre prestation en échange de dommages-intérêts positifs lorsque c'est son intérêt[59]. La différence d'effets juridiques entre les deux constructions juridiques se trouve alors considérablement réduite. Ce palliatif[60] n'offre cependant pas au créancier frustré de la prestation promise par son cocontractant les mêmes possibilités que les règles sur la demeure en ce qui concerne l'exécution forcée de la prestation, l'exécution par substitution et la faculté d'attendre l'évolution d'une situation qui peut n'être que temporaire.

On relèvera encore que, dans le régime juridique de certains contrats spéciaux, le législateur a assimilé l'empêchement subjectif de fournir la prestation à la demeure du débiteur. Ainsi, dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur qui meurt ou devient sans sa faute incapable de terminer l'ouvrage n'est libéré de son obligation que si le contrat avait été conclu en considération de ses aptitudes personnelles (art. 379)[61]. Si ce n'est pas le cas, le contrat subsiste, l'entrepreneur personnellement empêché (ou sa succession) reste obligé, et le créancier dispose des choix que lui offrent les art. 102 ss., et notamment la possibilité de demander au juge l'exécution par substitution (art. 98 al. 1). Ainsi encore, dans le bail à loyer, le locataire peut invoquer les art. 107 à 109 lorsque le bailleur ne délivre pas la chose à la date convenue (art. 258 al. 1). Il s'agit bien d'un cas d'incapacité subjective puisque l'hypothèse principalement visée par le législateur est celle où l'objet loué reste en possession d'un locataire ou d'un autre possesseur antérieur dont le bailleur n'obtient pas la restitution en temps utile. L'empêchement d'exécuter est ainsi personnel (subjectif).

b) Domaine d'application des règles sur la demeure qualifiée

Si les règles générales sur la demeure (art. 102 à 106) s'appliquent au retard dans l'exécution de toute obligation qui reste possible, elles ne s'appliquent qu'à l'obligation elle-même, non au rapport d'obligation dans lequel elle s'inscrit. Seuls

---

[59] GUHL-MERZ-KOLLER (n. 52), 223; BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 2e éd., Zürich 1988, 339 s., n. 46; WIEGAND (n. 4), N. 58 ad art. 97.

[60] Qui mérite approbation en tout cas en tant qu'il s'applique également à la mauvaise exécution du contrat «positive Vertragsverletzung», laquelle sort du champ du présent exposé.

[61] C'est là l'hypothèse relevée plus haut du débiteur qui a été choisi en raison de qualités personnelles dont l'empêchement subjectif doit être assimilé à une impossibilité objective, l'exécution par substitution (art. 98 al. 1) n'offrant pas d'intérêt pour le créancier.

les art. 107 à 109 (demeure qualifiée) traitent des conséquences de cette situation sur le contrat dans son ensemble. Le texte de l'art. 107 al. 1 ne vise cependant que les contrats bilatéraux.

La même remarque vaut pour l'art. 119, qui régit les obligations dont l'exécution est devenue objectivement impossible. Ses alinéas 2 et 3 ne disposent les conséquences de cette situation que pour les contrats bilatéraux. C'est également vrai des art. 82 et 83, auxquels on a fait allusion plus haut [62].

Qu'est-ce donc qu'un "contrat bilatéral" (zweiseitiger Vertrag, contratto bilaterale) au sens de ces dispositions? Pour limiter notre propos à la mesure du présent rapport, nous devons déterminer quels sont les contrats sur le sort desquels une partie peut agir en se prévalant des art. 107 à 109 lorsque l'autre partie se trouve en demeure de fournir sa prestation ou l'une de ses prestations.

L'interprétation historique suggère qu'il s'agit des contrats qu'aujourd'hui l'on appelle synallagmatiques, c'est-à-dire ceux par lesquelles deux obligations principales se trouvent dans un rapport d'échange: *do ut des* [63]. Une partie de la doctrine tend ainsi à limiter l'application de ces règles aux contrats dits synallagmatiques [64]. Ainsi, les contrats bilatéraux seraient ceux pour lesquels chaque partie dispose par exemple de l'*exceptio non adimpleti contractus* (art. 82) [65].

Cette définition est trop restrictive [66]. Elle exclut inutilement les contrats bilatéraux imparfaits, comme le prêt à usage (art. 305 ss.) ou le prêt d'argent sans intérêts (art. 312 ss.). Elle exclut également les contrats unilatéraux, sans contre-prestation, tels que la donation ou le contrat tendant à la constitution d'un gage mobilier [67].

Pour chacun de ces contrats pourtant, on peut imaginer des situations où le créancier qui attend en vain la prestation promise a un intérêt légitime à y renoncer unilatéralement, de sa propre initiative. On peut songer par exemple à l'em-

---

[62] *Supra* sous I.

[63] ATF 55 II, 39, 46; ATF 67 II, 123 c. 2, JdT 1941, I, 525, 528 (à propos de l'art. 82).

[64] *E.g.* SCHENKER (n. 35), NN., 438-442; GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. I, N. 257 et t. II N. 3010; BECKER, *[Berner] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, t. VI.1 [Art. 1-183 OR], 2e éd., Berne 1941, N. 3 ad art. 107; ENGEL (n. 52), 727.

[65] Cf. VON TUHR-H. PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3e éd., Zürich 1979, 149 ss.; VON TUHR-ESCHER (n. 33), 148.

[66] Du même avis à propos de l'art. 107: EHRAT, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR*, thèse, Zürich 1990, 26. C'est aussi ce qu'admet implicitement la jurisprudence lorsque, par exemple, elle applique par analogie l'art. 82 au contrat bilatéral imparfait qu'est le contrat gratuit, ATF 94 II, 263 c. 3, *JdT* 1970 I, 41, 42 s.; cf. aussi ATF 78 II, 376 c. 2, *JdT* 1953 I, 252.

[67] FOEX, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle 1997, 58-68.

prunteur qui a un urgent besoin de la somme qui lui a été promise par un ami à titre de prêt gratuit et qui, désespéré d'attendre, souhaite finalement s'adresser à une banque. Lorsque la réglementation du contrat dans la partie spéciale du Code est lacunaire (comme dans cet exemple), voire inexistante (contrats innommés), il faut bien trouver une réponse dans la partie générale du Code des obligations.

Celle-ci doit donc se trouver aux art. 107 à 109. Pour que leur application soit justifiée hors du cas typique de deux prestations dans un rapport d'échange, il faut que la demeure porte un préjudice à ses intérêts, pécuniaires ou non pécuniaires, qui justifie la mise en œuvre des remèdes de la demeure qualifiée.

Certes, on ne peut admettre que le retard dans l'exécution de toute promesse contractuelle, quelle que soit son importance pour le créancier, permette à celui-ci de se prévaloir des art. 107 à 109. Il faut que l'inexécution revête une certaine importance. Faut-il alors exiger qu'elle concerne une obligation principale ou essentielle, ce qui permettrait de renoncer à l'exigence d'un contrat synallagmatique [68]?

C'est le troisième problème de qualification que j'aimerais examiner ici.

c) *Inexécution d'une obligation dite accessoire; inexécution partielle des contrats*

La doctrine traditionnelle veut que les règles sur la demeure qualifiée ne s'appliquent pas à l'inexécution d'une obligation dite accessoire [69]. On retrouve là l'idée qu'elles ne concernent que des obligations qui se trouvent dans un rapport synallagmatique. Apparemment par leur seule nature, l'inexécution d'obligations accessoires ressortirait à la mauvaise exécution du contrat [70], ou éventuellement à la *culpa in contrahendo*.

Or la mauvaise exécution du contrat, dont on a vu qu'elle n'apparaît qu'en filigrane dans la partie générale du Code, ne fait pas bénéficier le créancier des mêmes choix que lui procure la demeure, même si l'on se rallie à l'opinion qui reconnaît à celui-ci un droit de résolution dans toutes les hypothèses visées par l'art. 97 al. 1 [71].

---

[68] Cf. WIEGAND (n. 19), *recht* 1984, 15 ss.

[69] VON TUHR-ESCHER (n. 33), 157 s.; BUCHER (n. 59), 366; GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II N. 3081; BECKER (n. 64), N. 13 ad art. 107; ATF 123 III 124 c. 3b *in fine*; *Contra:* SJ 1982 577 (Cour de justice de Genève: résolution d'un contrat innommé de voyage à forfait pour défaut d'information par le voyagiste).

[70] GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 2608 ss.; KOLLER (n. 5), 1485.

[71] Cf. *supra* III a) *in fine*.

Il convient plutôt de reconnaître que l'application des art. 107 à 109 ne saurait dépendre d'une qualification *a priori* de la nature, essentielle ou secondaire, principale ou accessoire, de l'obligation en souffrance[72]. La seule limite est celle de l'abus de droit.

Soit, par exemple, une entreprise qui cède un lot de créances à une société d'affacturage mais tarde à remettre les moyens de preuve indispensables à les faire valoir en justice (art. 170 al. 2). On admet traditionnellement que l'obligation de remettre le titre de la créance cédée est accessoire[73]. L'affactureur est-il privé du droit de se départir du contrat du seul fait de cette qualification? S'il ne peut obtenir le titre de la créance, le cessionnaire doit-il exécuter ses prestations sans pouvoir mettre en œuvre les art. 107 et suivants? Ne peut-il pas refuser de payer le prix aussi longtemps que ces documents ne lui sont pas parvenus (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 82)? A supposer que ces documents indispensables aient été fortuitement détruits avant que d'être mis à sa disposition, sa dette de prix subsiste-t-elle (l'art. 119 al. 2 parle aussi de "contrat bilatéral") alors que sa créance en livraison des documents est définitivement éteinte par leur destruction (art. 119 al. 1)?

Nous n'avons pas de critère qui permette de distinguer avec sûreté les obligations dites principales de celles dites accessoires. Il ne peut pas s'agir de la distinction des *essentialia* et des *accidentalia negotii*, qui concerne la formation du contrat, c'est-à-dire la validité de l'accord des parties, et pas son exécution.

Le nombre et l'étendue de ces Nebenpflichten semble d'ailleurs croître sans limite discernable avec la reconnaissance, dans la doctrine et dans la jurisprudence, de nouvelles obligations d'information, de sécurité, de coopération et de prestations additionnelles qui résultent tantôt de l'accord des volontés, tantôt de règles légales spéciales, et sinon des règles de la bonne foi (Treu und Glauben, art. 2 al. 1 du Code civil)[74]. L'équité y trouve son compte, mais pas toujours la sécurité du droit ni sa prévisibilité.

Quoiqu'il en soit, la possibilité pour le créancier de tirer les conséquences pour l'ensemble du contrat de l'inexécution par son cocontractant de l'une de ses obligations ne saurait reposer sur une qualification *a priori* de l'importance de telle

---

[72] TF, *JdT* 1904 483, 490 [c. 4], à propos de l'art. 122 aCO, qui correspond ici à l'art. 107 al. 1 CO; Trib. appel Berne, *Revue de la société des juristes bernois-Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 44/1908 251 ss.

[73] *E.g.* DESCHENAUX (n. 18), 165; MERZ, *Berner Kommentar*, t. I, 1, N. 280 ad art. 2 c.c.

[74] "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi". Cf. MERZ (n. 73), NN. 260-284 ad art. 2 c.c., et surtout WIEGAND (n. 6), *passim*; *idem* (n. 14), 91-92; pour une discussion sur l'évolution des Verhaltenspflichten et dans un domaine presque extracontractuel: GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 2608 ss. et 2617-2621 et *supra* nt. 7.

obligation[75]. Les exemples cités plus haut illustrent l'inadéquation d'un tel critère. Il convient bien plutôt de se fonder sur l'importance de l'atteinte que cette inexécution cause *in concreto* aux intérêts reconnaissables du créancier[76].

La jurisprudence n'est d'ailleurs pas insensible à cette approche. Avant que la question ne fît l'objet d'une loi spéciale[77], la Cour de justice de Genève a par exemple reconnu au voyageur la possibilité de se départir avec effet immédiat de son contrat de voyage à forfait en raison du manquement du voyagiste à son obligation de fournir des informations adéquates alors que le voyageur attendait depuis de nombreuses heures à l'aéroport son départ pour une destination frappée d'un cyclone[78]. Bien que l'on doive qualifier d'accessoire l'obligation d'informer le voyageur en cours de voyage, dans le cas d'espèce parce que cette obligation ne trouvait d'autre fondement que la règle générale qui impose à chacun d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 du Code civil), il était justifié de prendre en considération les conséquences concrètes de son inexécution pour le voyageur.

On retrouve d'ailleurs le même problème, et la même solution, dans l'inexécution partielle d'une obligation principale. La situation n'est que très partiellement réglée par la loi[79]. On admet généralement que le créancier d'une prestation partiellement impossible est libéré de sa contre-prestation lorsqu'on ne peut pas exiger de lui qu'il se contente du solde dont l'exécution reste possible[80]. Les intérêts

---

[75] A cet égard, je m'écarte de la position de WIEGAND (n. 19), *recht* 1984, 15 ss. et *idem* (n. 4), N. 4 ad art. 107, que j'approuve en revanche en tant que cet auteur renonce à l'exigence d'un contrat synallagmatique.

[76] WIEGAND (n. 19), *recht* 1984, 15. Derrière le critère formaliste de l'obligation principale, c'est pourtant bien l'importance de l'atteinte au contrat qui transparaît par exemple dans BUCHER (n. 59), 366 n. 147.

[77] Loi fédérale sur les voyages à forfait, du 18 juin 1993 (RS 944.3), qui représente en fait une transposition volontaire en droit suisse de la directive n° 90/314 du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE 1990 L 158/59).

[78] SJ 1982 577 (n. 69). La décision se fonde sur une application analogique des règles sur le contrat d'entreprise au contrat, alors innommé, de voyage à forfait.

[79] L'art. 69 al. 1 permet en principe (exceptions : ATF 75 II 137, JdT 1950 I 38, 42 s. ; WEBER, *Berner Kommentar*, t. VI/1/4/1 [Art. 68-96 OR], Berne 1983, NN. 36-46 ad art. 69) au créancier de refuser une prestation partielle lorsque l'obligation est exigible pour le tout. Cette disposition permet donc au créancier de choisir s'il tient son débiteur en demeure pour le tout, ou s'il accepte une prestation partielle et tient son débiteur en demeure pour le solde. Elle ne règle le sort du contrat ni en cas de demeure qualifiée sur le solde restant dû de l'obligation, ni lorsqu'une partie de la prestation est devenue impossible (notamment lorsqu'une prestation partielle a été acceptée et que l'exécution du solde est devenue impossible). En ce qui concerne la demeure sur une prestation partielle: SCHENKER (n. 35), NN. 766-776.

[80] Cf. AEPLI (n. 34), N. 115 ad art. 119, avec références.

du créancier sont prépondérants pour cette appréciation[81], mais ceux du débiteur peuvent également être pris en considération[82].

Les mêmes difficultés et les mêmes solutions valent pour l'inexécution partielle de contrats à prestations périodiques (rente viagère[83], vente à livraisons successives[84]) ou continues (contrat de distribution exclusive[85]).

Dans toutes ces situations, on ne peut se fonder sur un critère formaliste tel que la distinction *a priori* entre obligations principales et accessoires. Seul un critère matériel permet de décider adéquatement et équitablement si l'inexécution partielle d'un contrat autorise la partie lésée à se prévaloir des règles sur la demeure qualifiée pour renoncer à son exécution en nature, voire pour le résoudre *in toto*. Et il me semble – mais je ne fais là que reprendre à mon compte les résultats de l'immense travail des rédacteurs de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 – que ce critère doit être celui de l'intensité de l'atteinte à l'intérêt du créancier à l'exécution dans la mesure du moins où cet intérêt était reconnaissable au débiteur[86].

4. Effets juridiques controversés

L'enchevêtrement des normes qui régissent l'inexécution de l'obligation – et du contrat par effet réflexe – n'est pas la seule source de difficultés et de controverses. Leurs conséquences juridiques sont également l'objet de quelques débats délicats. J'en examinerai trois, à savoir la résolution des contrats de durée (a), la réversibilité du choix du créancier (b) et la mesure des dommages-intérêts (c).

---

[81] *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 1985, 318.

[82] Caytas (n. 1), 159. L'art. 209, qui règle une situation particulière de mauvaise exécution, à savoir la résolution de la vente lorsqu'une partie des choses livrées est défectueuse, prend du reste explicitement en considération les intérêts de l'acheteur et du vendeur (cf. al. 2).

[83] ATF 82 II 441, JdT 1957 I 153 (rente viagère).

[84] ATF 79 II 295 c. 2, JdT 1954 I 528, 535; cf. aussi ATF 110 II 447 c. 5, *JdT* 1985 I 633, 638 s.

[85] ATF 78 II 32 c. 2a, JdT 1952 I 492, 496.

[86] C'est là une expression succincte de la notion de contravention essentielle (art. 25 de la Convention), qui autorise le créancier lésé à résoudre le contrat moyennant déclaration faite au débiteur dans un délai raisonnable (art. 49 et 64 CV).

a) *La résolution des contrats de durée*

La première difficulté semble aujourd'hui résolue. Il est généralement acquis que l'effet rétroactif de la résolution, notamment l'obligation de restituer toutes les prestations déjà reçues, est inadéquat pour les contrats de durée – caractérisés par des prestations périodiques ou continues – qui ont été exécutés pendant un certain temps [87].

La liquidation de ces rapports est difficile, souvent parce que la plupart des prestations reçues auront été revendues, transformées, ou consommées. En outre, la restitution de ces prestations, en nature ou en valeur, ne correspond généralement pas à l'intérêt des parties: l'inexécution affecte les prestations exigibles, et éventuellement les prestations futures. L'intérêt du créancier à renoncer aux effets passés du contrat et à provoquer une liquidation rétroactive est l'exception plutôt que la règle. D'ailleurs, dans les contrats de durée qui font l'objet d'une réglementation spéciale (contrat de travail, de bail, de mandat, etc.), c'est la résiliation (avec effet pour le futur) plutôt que la résolution (avec effet rétroactif, *i.e.* retour au *status quo ante*) qui sanctionne l'impossibilité ou le refus d'une partie de poursuivre ses prestations [88].

Ainsi, malgré l'absence d'une réglementation spécifique des contrats de durée dans la partie générale, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, limite généralement les effets de la résolution d'un contrat de durée aux obligations non encore exécutées.

b) *Réversibilité du choix du créancier?*

Il subsiste davantage de controverses quant aux conditions de temps applicables aux choix successifs du créancier selon les règles sur la demeure qualifiée (art. 107 à 109). La loi exige du créancier qui souhaite renoncer à l'exécution in forma specifica d'une obligation dont le débiteur est en demeure [89] qu'il le déclare immédiatement après l'expiration du délai de grâce qu'il aura fixé à son débiteur en de-

---

[87] ATF 123 III 124, *Droit du bail* 1997 8 avec obs. FOEX (bail à loyer); ATF 119 II 135, *JdT* 1994 I 99; POLYDOR-WERNER, *Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge*, thèse de Genève, Zürich 1988; ENGEL (n. 52), 734; Nuancés: SCHENKER (n. 35), NN. 813-818; BUCHER (n. 59), 385.

[88] Cf. notamment les art. 257*d*, 259*b* lettre a, 264, 266*g*, 266*b* (bail à loyer), 335, 336*c*, 337, 337*a*, 337*d* (contrat de travail) et 404 (mandat).

[89] Cf. *supra* II d).

meure. En revanche, le texte légal ne dit rien du moment auquel le créancier doit choisir entre les deux possibilités qui lui restent, "soit réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat." Doit-il le faire en même temps que la précédente déclaration, dans un délai raisonnable, ou sans autre limite de temps que celle qui résulte de l'interdiction de l'abus de droit[90]? La question n'est pas sans importance pour le débiteur, qui a un intérêt légitime à connaître le sort du contrat et donc l'étendue de ses obligations.

Mais ce choix est délicat pour le créancier. S'il choisit la résolution, il peut non seulement refuser sa propre prestation, mais encore en exiger la restitution s'il l'a déjà fournie. En revanche, son indemnité est limitée au "dommage résultant de la caducité du contrat" (art. 109 al. 2), soit essentiellement les frais qu'il a engagés en vue de la conclusion du contrat, voire exceptionnellement le gain manqué sur un autre contrat auquel il a renoncé parce qu'il a conclu le contrat qui se trouve finalement résolu[91].

En général, le créancier a donc intérêt à choisir la deuxième voie, qui lui permet de se faire indemniser de son intérêt à l'exécution du contrat[92]. Dans les deux hypothèses cependant, le débiteur conserve la preuve libératoire que sa responsabilité n'est engagée ni par sa faute personnelle (art. 97 al. 1) ni par le comportement contraire au contrat de son auxiliaire (art. 101). Cette preuve libératoire a cependant des conséquences très différentes pour le créancier suivant que celui-ci a choisi la deuxième ou la troisième voie:

– Si le créancier a choisi de maintenir le contrat mais renoncé à l'exécution en nature de l'obligation faisant l'objet de la demeure, l'absence de responsabilité du débiteur prive le créancier de toute indemnisation de son intérêt à l'exécution du contrat. Comme le contrat est maintenu, il resterait néanmoins tenu d'exécuter sa propre prestation, alors qu'il ne reçoit rien. Si on admet cette conséquence juridique sans la corriger, le caractère synallagmatique du contrat est complètement détruit.

– Si le créancier a choisi de résoudre le contrat, l'absence de responsabilité du débiteur en demeure empêche certes le créancier d'obtenir la réparation de son dommage résultant de la caducité du contrat. Du fait cependant de la résolution, et sauf l'exception des contrats de durée[93], les prestations déjà fournies sont restituées trait pour trait, en valeur ou en nature. S'il ne gagne rien, le créancier ne perd

---

[90] Pour un état de la question: GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 3050 ss.; SCHENKER (n. 35), NN. 557-564.

[91] Intérêt négatif au sens rappelé *supra* nt. 29.

[92] Intérêt positif au sens rappelé *supra* nt. 31.

[93] Cf. *supra* IV a).

pas grand chose, sinon principalement les frais qu'il a exposés en vue de l'exécution du contrat.

Ainsi, le créancier qui a choisi la première de ces deux possibilités (maintien du contrat et dommages-intérêts) et découvre, peut-être à l'issue d'un procès, que son débiteur ne lui doit aucune indemnité alors que lui-même reste tenu de sa prestation est traité d'une manière parfaitement inéquitable, que le législateur n'a pu vouloir.

Plusieurs propositions ont été formulées pour corriger ce qui apparaît comme une lacune de la loi au sens de l'art. 1 al. 2 du Code civil [94]. On peut la compléter en considérant que, en l'absence de tout chef de responsabilité de part et d'autre, le caractère synallagmatique du contrat exige que l'extinction de la dette de l'un entraîne *ipso iure* la disparition de la dette de l'autre [95]. Je suis plutôt partisan d'admettre une dérogation à l'irrévocabilité de l'acte formateur qu'est le choix préalablement déclaré par le créancier et autoriser celui-ci à l'exercer une nouvelle fois en optant pour la résolution du contrat [96]. Le chemin est différent (effet *ex lege* ou nouvelle déclaration du créancier), mais le résultat vraisemblablement identique.

Si cette controverse n'est pas fondamentale et que le résultat final ne paraît guère critiquable, elle repose sur une difficulté plus substantielle.

c) *Résolution, théorie de la différence, intérêt positif et intérêt négatif*

Cette difficulté concerne également la demeure, et plus précisément les dommages-intérêts dus par le débiteur qui réalise un chef de responsabilité:

– soit lorsque le créancier maintient le contrat mais, par un acte formateur, transforme la dette de son débiteur en une indemnité correspondant à l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat;

– soit lorsque le créancier déclare la résolution du contrat, ce qui non seulement scelle le sort des prestations contractuelles, mais encore oblige le débiteur à réparer le dommage résultant de la caducité du contrat.

Ce système repose sur une double affirmation, qui est contestable d'un point de vue pratique autant que dogmatique:

---

[94] «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur».

[95] Cf. BUCHER (n. 52), 373 n. 172, qui propose une application par analogie de l'art. 119 al. 2.

[96] Cf. GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, N. 3030; V. BUZ, *Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners - BGE 123 III 16 ff, recht* 1997 197-202. Dans le même sens: SCHENKER (n. 35), N. 647. Dubitatif: ATF 123, III, 16, 23.

(*i*) la réparation de l'intérêt à l'exécution du contrat suppose le maintien de celui-ci (première hypothèse ci-dessus; art. 107 al. 2, 2e voie);

(*ii*) la résolution du contrat – qui anéantit les *effets* du contrat (art. 109 al. 1) – ne donne droit qu'à la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (deuxième hypothèse ci-dessus, art. 109 al. 2).

Tel n'était pas le système du Code fédéral des obligations de 1881[97]. En cas de demeure du débiteur, le créancier n'avait que deux choix: continuer d'exiger la prestation contractuelle, avec les conséquences qui résultent de la demeure du débiteur, ou résoudre le contrat et se faire indemniser de son intérêt à l'exécution[98]. Répétition des prestations déjà fournies et réparation de l'intérêt positif n'étaient pas incompatibles. La règle souffrait un seul défaut, critiqué à raison: contrairement à toutes les autres hypothèses de responsabilité contractuelle prévues par la partie générale, la faute du débiteur n'était pas présumée; il appartenait donc au créancier de la prouver.

Lors de la révision de 1911, le législateur a voulu guérir son œuvre de ce défaut, mais lui a administré un remède de cheval. En s'inspirant du Bürgerliches Gesetzbuch, entre-temps adopté, il a distingué entre maintien du contrat avec intérêt positif et résolution avec intérêt négatif[99]. Là cependant où le § 326 BGB exclut en principe toute indemnité en cas de résolution, le législateur suisse de 1911 a limité cette indemnité à l'intérêt négatif; il a donc refusé au créancier la possibilité d'exiger simultanément la restitution des prestations (qui caractérise la résolution) et l'indemnisation de l'intérêt positif.

L'idée que la résolution est incompatible avec une pleine indemnisation est critiquable[100].

– Dans toutes les autres hypothèses d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat, la responsabilité du débiteur n'est pas limitée à l'intérêt négatif. Elle tend à indemniser toute la valeur que la prestation inexécutée ou mal exécutée avait pour le créancier. La restitution ou le maintien des prestations échangées modifie

---

[97] Sur l'art. 124 aCO et le débat qui a mené à l'adoption de l'art. 109 al. 2, cf. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 1ère éd., Zürich 1979, 334-336 et n. 171; et surtout XOUDIS, *La mesure du dommage à réparer en cas de résolution du contrat pour inexécution*, en WERRO, *L'européanisation du droit privé*, à paraître à Fribourg en 1998 [Coll. Troisième cycle romand].

[98] Cf. ATF 40 II 133, 140, et références.

[99] Plus généreux que la solution du BGB.

[100] XOUDIS (n. 97); ENGEL (n. 52), 735; GLÄTTLI, *Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen*, *Revue suisse de jurisprudence-Schweizerische Juristen-Zeitung* 1997, 233-243.

certes le *quantum* du dommage subi par le créancier lésé, mais pas la nature de l'intérêt qui devrait être réparé. Il n'y a pas de lien logique ou ontologique qui unisse nécessairement résolution et intérêt négatif.

– En effet, la réparation de l'intérêt dit négatif est le remède propre à l'invalidité du contrat, que ce soit parce que le contrat n'est pas venu à chef, qu'il est nul, ou qu'il a été invalidé en raison d'un vice du consentement. C'est le domaine de la *culpa in contrahendo*. Lorsqu'elle fait l'objet de règles spéciales dans le Code des obligations, la partie responsable de l'inefficacité du contrat doit à l'autre la réparation du dommage "résultant de l'invalidité du contrat" (art. 26 al. 1 et 39 al. 1)[101]. Si elle est en faute et si l'équité l'exige, le juge peut exceptionnellement octroyer des dommages-intérêts plus considérables (art. 26 al. 2 et 39 al. 2). La règle, qui limite l'indemnité à l'intérêt négatif, relève d'une nécessité logique: l'ordre juridique se contredirait s'il imposait l'invalidité du contrat tout en obligeant la partie responsable à fournir un substitut intégral à l'exécution sous forme de dommages-intérêts à l'autre partie. En revanche, cette même limitation n'a aucune justification lorsque le contrat a été valablement conclu mais pas exécuté. Si les problèmes d'exécution les plus graves justifient une résolution du contrat, c'est-à-dire une restitution des prestations déjà fournies, on ne voit pas pourquoi ils ne procurent pas une indemnité pleine et entière.

– D'ailleurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral confirme qu'un contrat résolu pour inexécution ou mauvaise exécution ne peut pas être assimilé à un contrat inexistant, nul ou entaché d'un vice du consentement. Il est constant que la restitution des prestations faites sur la base d'un contrat qui n'a jamais déployé d'effets est fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss.): c'étaient des prestations faites sans cause. En revanche, il est désormais acquis que la restitution des prestations suite à la résolution d'un contrat est un effet du contrat résolu, qu'elle repose sur de véritables obligations contractuelles dont la prescription est d'ailleurs distincte et plus longue de celle applicable à l'enrichissement illégitime[102]. C'est ce qu'a jugé le Tribunal fédéral en adoptant la théorie selon laquelle un contrat résolu se transforme en un rapport contractuel de liquidation (Umwandlungstheorie)[103].

---

[101] La version française de l'art. 109 al. 2 parle du dommage résultant de la caducité du contrat. Il ne s'agit pas d'une notion différente, comme l'indiquent les versions allemande et italienne, qui emploient les expressions "Dahinfallen des Vertrages" et "dal mancato contratto" comme aux art. 26 et 39.

[102] Les créances fondées sur un contrat se prescrivent par dix ans depuis leur exigibilité (art. 127), alors que celles qui résultent d'une prestation faite sans cause valable (enrichissement illégitime) se prescrivent par un an depuis la connaissance du droit à répétition et au plus tard par dix ans depuis la naissance de ce droit (art. 67 al. 1).

[103] Cf. ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523; GAUCH, *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des*

L'équation "résolution = intérêt négatif" n'est pas justifiée, et on ne s'étonnera pas que le législateur lui-même – dans des règles propres à la vente commerciale (art. 191 et 215 [104]) que doctrine et jurisprudence tendent à généraliser à tous les contrats [105] – en ait partiellement corrigé les effets. C'est ce qui résulte en effet de l'application de la théorie (ou de la méthode) de la différence (Differenztheorie) lorsque le créancier choisit de maintenir le contrat plutôt que de le résoudre. Par cette méthode [106], le créancier est dispensé de fournir sa contre-prestation en nature pour autant qu'il en impute la valeur sur les dommages-intérêts que lui doit son débiteur.

Pourquoi permet-on au créancier d'obtenir l'indemnisation de son intérêt à l'exécution du contrat tout en retenant sa propre prestation, alors que cela lui serait interdit s'il choisit de résoudre le contrat? La seule différence entre la résolution et la méthode de la différence, c'est que la première permet au créancier d'exiger la restitution des prestations qu'il aurait déjà fournies, alors que la seconde ne l'autorise qu'à refuser celles qui ne l'ont pas encore été.

En d'autres termes, l'application de la méthode de la différence dans le cadre de l'intérêt positif équivaut pratiquement à une résolution améliorée (*contra* art. 109 al. 2) par la reconnaissance du droit à des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, sauf qu'elle ne permet pas la répétition des prestations déjà fournies. Ces différences sont injustifiables et il serait préférable d'admettre une fois pour toutes que la résolution du contrat n'est pas incompatible avec l'indemnisation du plein intérêt de la partie lésée à l'exécution du contrat [107].

Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), *recht* 1989 122-128; SCHENKER (n. 35), NN. 700-708.

[104] On trouve le pendant aux art. 74 (calcul concret) et 75 (calcul abstrait) de la Convention de Vienne, qui concernent le droit à des dommages-intérêts en cas de résolution du contrat.

[105] Cf. GAUCH-SCHLUEP (n. 5), t. II, NN. 3058-3073, notamment les références au N. 3072; *adde* ATF 120 II 296.

[106] Que l'on oppose à la méthode de l'échange: puisque le contrat est maintenu dans tous ses effets sauf que l'obligation du débiteur en demeure se transforme en une dette de dommages-intérêts, le créancier doit offrir sa contre-prestation en échange de l'indemnité qui remplace l'obligation inexécutée dans le rapport synallagmatique. Lorsque la contre-prestation du créancier est une somme d'argent (*e.g.* prix), il peut l'imputer sur les dommages-intérêts en exerçant la compensation (art. 120 ss). Lorsqu'il s'agit d'une autre dette, la compensation est exclue (art. 120 al. 1); la théorie de la différence veut lui permettre néanmoins d'en imputer la valeur. Sur les théories de l'échange et de la différence: SCHENKER (n. 35), NN. 619-667 et 668-689.

[107] C'est une des propositions au § 327 "Rücktritt und Schadenersatz" du projet de réforme du BGB, cf. *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Cologne 1992, 172-174.

5. Conclusions et perspectives

Quoique trop bref, ce rappel de l'état actuel, jurisprudentiel et doctrinal, du droit suisse relatif à l'inexécution des contrats montre les incohérences d'un régime juridique qui s'intéresse plus à l'obligation comme atome qu'au contrat comme organisme et qui repose sur une casuistique *a priori* de la pathologie contractuelle. Non seulement son application est difficile parce qu'elle exige des délimitations, qui restent toujours controversées, mais ses effets sont discutables parce qu'ils établissent des différences là où elles ne sont pas toujours justifiées. Encore notre propos est-il ici incomplet, puisqu'une étude comparative du régime de la mauvaise exécution des obligations contractuelles montrerait que les deux mêmes difficultés s'y retrouvent, de sorte que le tableau d'ensemble est encore plus compliqué et discutable que celui que nous avons dressé plus haut.

Les tentatives récentes d'harmonisation internationale du droit des contrats, qu'elles fassent l'objet d'instruments juridiques obligatoires tels la Convention dite de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, ou de codifications dépourvues de caractère obligatoire (restatements) comme les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international [108] ou encore les Principes du droit européen du contrat [109], adoptent une approche fondamentalement unitaire des perturbations contractuelles qui me semble plus inspirée du breach of contract de la Common law que de la tradition civiliste. Qu'elles l'appellent "contravention au contrat" [110] ou "inexécution" [111], ces codifications appréhendent dans une même catégorie l'absence de prestation, la prestation tardive et la prestation défectueuse [112]. Les moyens de droit du créancier ne sont cependant pas les mêmes dans toutes les hypothèses. Ainsi et par exemple:

– Le droit à l'exécution effective de la prestation varie suivant que la dette porte sur une somme d'argent ou une autre prestation [113]. Il peut prendre la for-

---

[108] Rome (Institut international pour l'unification du droit privé) 1994.

[109] Référence complète *supra* nt. 31.

[110] Ainsi la Convention de Vienne.

[111] Ainsi les Principes UNIDROIT et les Principes européens.

[112] Le projet de réforme du BGB va dans le même sens, avec la notion centrale de "Pflichtverletzung". Cf. *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (n. 107), 29 ss.; Wörlen-Mentzinis (n. 4), 791 ss.

[113] Comparer les art. 4.101 et 4.102 des Principes européens et 7.2.1 et 7.2.2 des Principes UNIDROIT.

me de la réparation ou du remplacement de la prestation défectueuse [114].

– Le droit de résoudre le contrat n'est ouvert qu'en cas d'infraction qualifiée [115] ou après fixation d'un délai de grâce [116].

– Dans les Principes européens, la réduction du prix [117] consacre une généralisation de l'*actio quanti minoris* connue dans la vente depuis l'intervention des édiles romains [118].

– Les dommages-intérêts, cumulables avec les autres remèdes offerts au créancier, varient dans leur mesure en fonction du remède choisi mais s'inscrivent en principe dans l'intérêt à l'exécution du contrat (performance interest, Erfüllungsinteresse, intérêt positif) [119].

Plutôt qu'une typologie générale et abstraite des contraventions au contrat, dont l'analyse ci-dessus montre les limites inhérentes, une différenciation des moyens de droit – pour ne pas céder ici à l'anglicisme des remèdes – permet mieux de tenir compte des effets variables que ces contraventions peuvent avoir, et de doser de manière adéquate les intérêts de la victime et de l'auteur de la contravention.

Ainsi, et pour souligner cette proposition en rapport avec deux des principaux aspects discutés plus haut, la résolution – qui met un terme au contrat – devrait être l'un des moyens offerts, mais non imposés, à la victime d'une contravention

---

[114] Art. 7.2.3 des Principes UNIDROIT; art. 4.102 al. 1 des Principes européens. Considérant le coût de la livraison de remplacement dans une vente internationale, comparable pour le vendeur à la résolution du contrat, l'art. 46 § 2 de la Convention de Vienne limite ce moyen aux cas de contravention essentielle au sens de l'art. 25. Les Principes UNIDROIT et les Principes européens tiennent compte des effets pour la partie défaillante au titre des "efforts ou dépenses déraisonnables" (art. 7.2.2 lettre b et 4.102 al. 2 respectivement).

[115] "Contravention essentielle": art. 25, 49 § 1 lettre a et 64 § 1 lettre a de la Convention de Vienne. "Inexécution essentielle": art. 7.3.1 des Principes UNIDROIT; art. 3.103 et 4.301 des Principes européens.

[116] Art. 47 § 1 et 49 § 1 lettre b, 63 § 1 et 64 § 1 lettre b de la Convention de Vienne; art. 7.1.5 et 7.3.1 al. 3 des Principes UNIDROIT; art. 3.106 al. 3 et 4.301 al. 2 des Principes européens.

[117] Art. 4.401.

[118] Art. 50 de la Convention de Vienne.

[119] Cf. art. 4.502 des Principes européens, ainsi que son Commentaire et les Notes. La même chose vaut pour les Principes UNIDROIT (art. 7.4.2, cf. art. 7.4.5 et 7.4.6). La même conclusion s'impose pour l'art. 74 de la Convention de Vienne (cf. notamment les art. 75 et 76, qui calculent précisément l'intérêt positif au contrat), même si elle reste controversée par des auteurs dont le droit national connaissent une mesure différente du dommage en cas de résolution, cf. récemment STOLL, *Ersatz für Vertrauensschaden nach dem Einheitlichen Kaufrecht*, en *Emptio-venditio inter nationes: Mélanges Karl Heinz Neumayer*, Bâle 1997, 313-333; cf. XOUDIS (n. 97).

d'une gravité particulière en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Considérant la définition toujours controversée de l'impossibilité et la difficulté que peuvent avoir les parties à en constater la réalisation, il vaut mieux laisser au créancier le choix du moment où il renonce à l'échange des prestations contractuelles. Comme la résolution ne saurait être conçue comme une annulation du contrat, mais bien plutôt comme un moyen parmi d'autres (exécution en nature, répétition de l'exécution, réparation, réduction de la contre-prestation, etc.) qui se caractérise par la faculté de renoncer à l'échange des prestations et d'exiger (en principe) la restitution des prestations déjà fournies [120], il n'y a plus de raison de la limiter à l'inexécution au sens étroit (le créancier ne reçoit pas la prestation contractuelle). Elle doit également être ouverte lorsque la gravité d'une mauvaise exécution le justifie.

Dès lors aussi qu'on considère la résolution non plus comme une quasi-annulation du contrat, mais comme un moyen parmi d'autres offerts à la partie victime pour corriger les effets excessivement défavorables d'une perturbation grave du contrat, il devient évident que la nature des dommages-intérêts n'est pas différente suivant que cette partie choisit la résolution plutôt qu'un autre moyen. C'est l'intérêt de la partie lésée à l'exécution du contrat qui est la mesure générale de l'indemnité comme il est la mesure de l'atteinte qui justifie la possibilité de résoudre. L'indemnisation du créancier s'inscrit donc dans les limites de son intérêt à l'exécution du contrat, car le contrat est valable, même mal ou pas exécuté, et le créancier peut exiger tout le bénéfice qu'il était en droit d'attendre de son exécution, mais pas autre chose (performance interest, Erfüllungsinteresse). En principe, l'intérêt négatif n'est une mesure appropriée des dommages-intérêts que lorsque le contrat n'est pas valablement formé et qu'il convient de protéger une partie dans son attente légitime mais déçue à l'existence d'un contrat valable (reliance interest, Vertrauensinteresse).

Une évolution aussi fondamentale du droit suisse de la responsabilité contractuelle supposerait en principe une intervention du législateur. Les Suisses restent toujours soucieux des instruments de démocratie quasi-directe qu'ils se sont donnés, même s'ils s'en plaignent chaque fois que le sort des référendums tranche contre leurs opinions personnelles. Mais aucune illusion n'est possible: en l'absence de nécessité politique, il est exclu que le législateur s'empare, dans un avenir

---

[120] Ainsi l'art. 81 de la Convention de Vienne, qui ne prévoit d'exception à cette restitution généralisée que lorsque l'inexécution ou le défaut de conformité n'affecte qu'une partie des marchandises (art. 51). La restitution générale, en nature ou en valeur, est également la règle selon l'art. 7.3.6 des Principes UNIDROIT, sauf lorsque l'exécution du contrat s'est prolongée dans le temps et que le contrat est divisible. Les Principes européens semblent plutôt faire de la restitution des prestations déjà fournies une exception (art. 4.305), laquelle est néanmoins assez étendue (art. 4.306 à 308).

prévisible, d'une réforme de cette nature. Il appartient ainsi aux juges, invités à cela par les travaux doctrinaux, de travailler à une approche moins fragmentaire de l'inexécution des contrats. L'observation de la pratique des juridictions inférieures montre d'ailleurs que plaideurs et magistrats font plus souvent qu'on ne le penserait l'économie de la difficile qualification des faits pour appliquer les grands principes qui gouvernent la responsabilité contractuelle: identification de l'obligation expresse ou implicite qui a été violée, établissement du dommage en relation de causalité naturelle et adéquate avec cette infraction, présomption de faute personnelle du débiteur ou responsabilité stricte à raison de ses auxiliaires contractuels, prescription décennale des prétentions indemnitaires. Peut-être ont-ils là une bonne longueur d'avance sur la doctrine savante!