

L'obligation de réparer issue du contrat : réflexions diachroniques à l'aune de l'art. 208 CO*

Pascal PICHONNAZ
(*Université de Fribourg*)

Introduction

Déterminer l'ampleur de l'obligation de réparer un dommage survenu lors de la mauvaise exécution d'un contrat de vente dépend de divers facteurs. L'une des difficultés est toutefois celle de savoir s'il faut fixer des limites à la réparation du dommage survenu. Comme nous le verrons, le Tribunal fédéral a été confronté récemment à un problème délicat de délimitation du dommage consécutif à un défaut. Dans son fameux arrêt dit des *perroquets* (ATF 133/2007 III 257), il propose une solution qui ne nous convainc pas totalement. Notre approche diachronique entend dès lors apporter quelques pistes de réflexions.

Un contrat présente un véritable intérêt lorsqu'une partie (rarement un tiers) se plaint que le contrat a été violé par l'autre partie, et qu'elle en exige le respect. Parfois, une action en exécution réelle est possible ; bien souvent toutefois, il s'agit de réparer un dommage. Cette obligation contractuelle pose cependant la question de savoir *en quoi* le contrat constitue véritablement une source de l'obligation de réparer et surtout de déterminer si le contrat pose par définition des limites à cette réparation. Il ne s'agit toutefois pas tant de chercher le fondement philosophique de l'obligation de réparer, que de se demander si cette obligation trouve sa source dans la *promesse non tenue*, dans *l'accord mutuel des parties* – qui génère selon certaines conceptions des obligations spécifiques, dont celle de réparer le

* Cette contribution a également été publiée sous le même titre dans J.B.ZUFFEREY/A.PREVITALI/J.DUBEY (Ed.), *L'homme et son droit*, Mélanges en l'honneur de M.Borghini, Zurich Soy, pp.399-414.

dommage lié à l'inexécution d'une obligation – ou de savoir si l'obligation de réparer repose plutôt sur un *devoir plus général* « *intégré* » au contrat, mais qui aurait un impact direct sur l'ampleur du dommage « contractuel » réparable.

Nos réflexions vont s'attacher à mettre en évidence l'évolution du fondement de l'obligation contractuelle de réparer, sans toutefois aborder toutes les étapes de celle-ci. Notre approche diachronique n'entend en effet mettre en lumière que quelques aspects¹.

1. Le principe développé en droit romain

Après avoir présenté les grands traits du texte d'Ulpien (a), nous verrons la limitation apportée par Justinien à l'ampleur du dommage à réparer (b).

a) Le texte fondamental d'Ulpien

Nous allons entamer nos réflexions avec un cas bien connu (Ulp.D.19.1.13*pr.*). Nous avons divisé le texte en plusieurs parties pour en faciliter la compréhension :

Ulp.D.19.1.13 (l.32 *ad ed.*)²

Pr. Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto : [a] ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem : [b] si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei : [c] sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Trad. Au livre quinze de ses [Digestes], Julien distingue pour la condamnation à l'action de la vente entre le vendeur qui sait et celui qui ignore. [a] En effet, il dit que celui qui a vendu une pièce de bétail malade ou une poutre défectueuse, s'il l'a fait en ignorant cela, il sera tenu en vertu de l'action de la vente uniquement à payer la différence avec le

¹ Nous avons publié une partie de nos réflexions in : P.PICHONNAZ, *Droit romain : enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, Index 39 (2011), p.58ss. Une présentation de l'évolution de la notion « *interesse* » - « *extra rem/ circa rem* » se trouve chez HELGE DEDEK, *The splendor of the form: Scholastic jurisprudence and "irrational formality"* à paraître in *Law and Humanities* 2012, p.20-30 (du ms).

² La mise en évidence est de notre fait.

montant inférieur auquel l'objet aurait été acheté si le défaut avait été connu. [b] En revanche, si le vendeur le savait, qu'il s'est tu et qu'il a ainsi trompé l'acheteur, il répondra de tous les dommages que l'acheteur a subis suite à cette vente. [c] Ainsi donc, lorsqu'un bâtiment est détruit à cause du vice d'une poutre, il doit assumer la valeur de l'immeuble ; ou lorsque les bêtes du troupeau meurent par suite de la contagion de la maladie d'une bête, on doit réparer l'intérêt à ce que cela ne se soit pas produit³.

Dans ce texte, Julien s'intéresse à l'ampleur de la condamnation à réparer le dommage dans l'*actio ex empto* ; il le souligne en disant « *condemnatio ex empto* » ; ce texte est dès lors central pour notre propos. Il faut distinguer trois parties dans ce texte du Digeste de Justinien, qui est constitué par un extrait d'Ulpien, célèbre juriste du 3^e siècle après J.-C., qui cite Julien, un juriste du deuxième siècle après J.-C.

Dans la première partie [a], Julien envisage l'hypothèse de la vente d'une pièce de bétail malade ou d'une poutre défectueuse. Le vendeur qui ignorait le défaut de la chose lors de la vente *est tenu des seules conséquences de sa promesse* dans le contexte contractuel du rapport d'échange des prestations.

Dès lors qu'il livre moins (en qualité) que ce qu'il a promis, il doit aussi recevoir moins que ce que le vendeur lui a promis de verser à titre de prix. Julien indique qu'il faut réduire le prix à ce qu'il aurait été si le contrat avait été conclu en considération des poutres défectueuses ou du bétail malade.

La condamnation aux dommages-intérêts prend les traits d'une réduction du prix⁴, qui trouve son fondement dans le respect de l'échange des promesses. Ce sont les promesses réciproques qui définissent l'ampleur de la réparation. Il s'agit donc d'une situation comparable à l'*actio quanti minoris* prévue par l'édit des Ediles

³ Sur ce texte, cf. récemment et parmi d'autres L.SOLIDORO MARUOTTI, «...*Si vero sciens reticuit et emptorem decepti ...*» (D.19.1.13pr.) : *vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in : *Fides humanitas ius*, Studii in onore di Luigi Labruna, vol. VIII, Naples 2007, p.5269ss.; é.g. N.DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milan 2007, p.271 note 53 et la vaste littérature citée sur ce texte, ainsi que p.294ss. ; de même que N.DONADIO, *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale, Kaufen nach Römischen Recht*, in : Eva Jakab/Wolfgang Ernst (édit.), Berlin/Heidelberg 2008, p.61ss., en part. p.67s.

⁴ P.PICHONNAZ, *Droit romain : enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, Index 39 (2011), p.72.

curules⁵ ; elle est toutefois fondée ici sur l'*actio empti*⁶. Avec Kaser/Knütel et d'autres⁷, il n'y a pas de raison de retenir que ce passage ne serait pas classique. Comme notre propos n'est toutefois pas d'analyser dans le détail le texte d'Ulpien/Julien, nous n'allons pas rendre compte ici de la vaste littérature sur la question.

Dans la *deuxième partie [b]*, Julien envisage l'hypothèse dans laquelle le vendeur connaissait le défaut du bétail ou de la poutre ; celui-ci se tait et – nous dit Julien – il trompe par ce fait l'acheteur. Le montant des dommages qu'il doit réparer va alors bien au-delà des limites du contenu de sa promesse ; Julien retient que le vendeur « *répond de tous les dommages que l'acheteur a subis suite à cette vente* ».

Ce n'est donc plus la promesse qui pose les limites de la condamnation, mais *la commission du dol*⁸, ou plus précisément encore la violation de l'obligation imposée « par l'ordre juridique » de ne commettre aucun dol (*purgari dolo malo*⁹), qui implique une responsabilité plus large.

Ce qui frappe dès lors, c'est qu'en cas de dol, Julien n'apprécie pas le devoir de réparer le dommage et ses limites en fonction des prestations promises ; en effet, la solution est la même, que l'acheteur ait promis un prix dérisoire ou qu'il ait promis un montant important. Dans toutes les hypothèses, l'obligation du vendeur est la même : *Il doit réparer tout le dommage consécutif à son dol*.

L'obligation « contractuelle » de réparer est-elle dès lors vraiment liée à la promesse ou dépend-elle simplement de la violation du devoir général de ne commettre aucun dol ?

Le *dernier passage du texte [c]* nous donne *deux exemples* de ce qu'il faut comprendre par dommage consécutif au dol. Ainsi, le vendeur doit assumer le dommage correspondant à la destruction de

⁵ P.PICHONNAZ, *op. cit.*, Index 39 (2011), p.72.

⁶ P.PICHONNAZ, *op. cit.*, Index 39 (2011), p.72.

⁷ Pour tous les autres, M.KASER/R.KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., Munich 2008, §41.46; N.DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milan 2007, p.271.

⁸ Cf. pour tous les autres D.MEDICUS, *Id quod interest*, *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, Cologne-Graz 1962, p.129s.; H.HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium*, *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, Munich 1966, p.83ss., en part. p.93.

⁹ Cf. D.19.4.1 (Paul., *lib.32 ad ed.*).

l'ensemble de l'immeuble qui s'est écroulé, même si la poutre qu'il a livrée n'avait qu'une faible valeur ; de même, il doit supporter le coût de l'ensemble du troupeau mort par contagion, même s'il a vendu une seule bête. En donnant ces exemples, relativement extrêmes, Julien (et Ulpian qui le cite) ne limite pas du tout le dommage à réparer en fonction de la promesse faite.

Certes, on pourrait considérer – et cela a été fait – que le devoir de ne commettre aucun dol est une obligation accessoire du contrat de vente (une *Nebenverpflichtung*¹⁰). La question demeure néanmoins de savoir si ce devoir, une fois intégré au contrat, devient une « obligation contractuelle » ou si l'aspect contractuel n'est lié qu'au moyen de droit, à savoir à l'*actio empti* qui permet, en l'occurrence, de faire respecter plus efficacement un devoir général de l'ordre juridique.

En effet, le devoir de ne commettre aucun dol fait partie des devoirs généraux de l'ordre juridique romain¹¹. Dans notre cas, il n'est d'ailleurs même pas « concrétisé » spécifiquement par la volonté des parties, puisque dans l'hypothèse de Julien le vendeur ne paraît pas avoir promis quelque chose de spécifique (il n'y a ni *dicta*, ni *promissa*). La promesse des parties ou le contrat n'ont donc pas modifié le contenu du devoir de ne commettre aucun dol. Ainsi, le dol a plutôt été commis « à l'occasion » de l'exécution d'un contrat de vente ; ce devoir n'a pas été vraiment créé par une promesse spécifique, par une promesse contractuelle.

Julien ne distingue en outre pas l'étendue du dommage en fonction de divers types d'action. Pour lui, il est uniquement important qu'un contrat soit en principe valable pour que l'action *ex empto* soit octroyée au demandeur. Le régime romain ne paraît pas avoir imposé de distinguer pour la responsabilité contractuelle selon que le dommage est dû à la violation d'une promesse spécifique (comme c'est le cas dans l'hypothèse [a]) ou qu'il provient du non-respect d'un devoir général de ne pas commettre de dol (comme c'est le cas dans l'hypothèse [b]).

¹⁰ M.KASER/R.KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, Munich 2008, §41.18.

¹¹ En matière de vente, cf. Paul, D.19.4.1; ég. l'*actio de dolo*, not. U.ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bâle/Bruxelles 2004; ou sur l'*exceptio doli*, pour tous les autres, P.PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève/Zurich/Bâle 2008, n.2173.

Cette *identité de moyen de droit* pour réparer la violation de devoirs ou d'obligations ayant leur source tantôt dans le contrat lui-même, tantôt dans la bonne foi, a permis d'admettre l'idée de devoirs accessoires au contrat, protégés par le contrat lui-même.

b) La limitation introduite par Justinien

La distinction que nous avons opérée sur la source de l'obligation de réparer a été en partie estompée par le fameux texte de Justinien qui limite l'ampleur de la réparation due dans l'hypothèse de l'obligation de payer l'*id quod interest*, à savoir l'intérêt qu'avait l'autre partie à la non-violation de l'obligation.

Il faut d'abord rappeler que dans un célèbre texte (D.19.1.21.3), Paul avait tenu compte de l'objet de la promesse pour chercher à limiter la portée de l'*id quod interest* en recourant à l'expression « *omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit* ». L'exigence d'indemniser pour tout ce qui découle directement de la chose-même (« *circa ipsam rem* ») devait fixer certaines limites compte tenu de l'objet du contrat¹².

La distinction quant à l'ampleur des dommages-intérêts selon que la violation a sa source dans un devoir contractuel ou un devoir général de l'ordre juridique (« ne commettre aucun dol ») a été estompé par le fameux rescrit de Justinien de 530 ap. J.-C, qui figure dans le Code de Justinien de 529 ap. J.-C. :

C.7.47.1.1. (Iust. a. Iohanni pp., a. 530, kal. sept.)

Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere : in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua

¹² Ce passage ouvrira de grandes perspectives au Moyen-âge, puisque les glossateurs vont développer toute leur distinction entre le dommage *circa rem* et *extra rem* sur la base de ce fragment, cf. M.SCHERMAIER, in : Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (édit.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, vol. II/1, Tübingen 2007, §§ 280-285, n.50. Eltjo Schrage a également abordé ce texte dans sa conférence faite lors de la SIHDA de Liège et dont le résumé se trouve à la page 474 du présent numéro de la RIDA (J.-F.GERKENS, *La société Fernand De Visscher à Liège*, RIDA 58 (2011), p.474).

impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

Trad. C'est pourquoi nous ordonnons que dans tous les cas dans lesquels la quantité ou la nature est certaine, comme dans les ventes, les locations et tous les contrats, ce qui est l'intérêt ne peut excéder le double de la quantité. En revanche, dans les autres cas, qui semblent incertains, les juges qui ont à connaître de ces causes, examinent avec grande circonspection quel est le dommage réel qui découle de l'affaire et exige sa réparation. Il ne faut pas que par des manœuvres quelconques ou des estimations excessives, on embrouille l'affaire de peur que l'on décompte alors à l'infini et que l'affaire tombe en raison de son impossibilité. Nous savons qu'il est de la nature de ces choses qu'on exige des peines qui soient modérées et proportionnées ou fixées de manière définitive par les lois.

Le passage le plus important figure au début du rescrit. En effet, Justinien indique que « dans tous les cas dans lesquels la quantité ou la nature est certaine, comme dans les ventes, les locations et tous les contrats, *ce qui est l'intérêt ne peut excéder le double de la quantité* ». Ce passage est intéressant puisqu'il *relie le dommage à l'objet de la promesse* dans tous les cas de l'*id quod interest*, sans distinguer la source du dommage ou de l'octroi de l'*id quod interest*. Or, dans l'hypothèse de la commission d'un dol, Ulpien et Julien avaient retenu au contraire que le dommage devait être réparé entièrement, en se fondant sur l'*id quod interest* : La toute fin du fragment (D.19.1.13) mentionne en effet l'expression « *quod interfuit idonea venisse erit praestandum* » (« on doit réparer l'intérêt à ce que cela ne se soit pas produit »).

Cela signifie-t-il dès lors que le dommage à réparer suite au *dolus venditoris* est lui aussi limité par le double de la valeur de l'objet ? S'agit-il donc d'une limitation du dommage à réparer suite à la violation du devoir de ne pas commettre de dol comme l'avaient compris Julien et Ulpien ?

On le voit, de par sa généralité, le passage de Justinien affecte (indirectement) les conséquences du dol et, en quelque sorte, fait revenir ces conséquences dans le giron de la promesse contractuelle, en établissant un lien entre l'objet de la promesse et le dommage à réparer pour cause de dol. Or, nous l'avons dit, il faut *distinguer le moyen d'action* (contractuel), l'*actio ex empto*, du *fondement de*

l'obligation de réparer, la promesse ou le devoir général de ne pas commettre de dol. La question est dès lors celle de savoir si la limitation de Justinien fait aussi sens dans l'hypothèse d'une obligation de réparer fondée sur le devoir de ne pas commettre de dol.

Certes, on pourrait dire avec les Pandectistes allemands, dès lors qu'un contrat est conclu suite à un accord des volontés, toutes les obligations qui en découlent sont soumises aux mêmes règles, peu importe leur origine¹³. C'est aussi ainsi que l'on pourrait comprendre la définition de Gaius (Gai.D.44.7.1pr. : « *obligationes ex contractu nascuntur* »). En revanche, la définition de Labéo d'un contrat comme une obligation réciproque (D.50.16.9 : « [...] '*contractum*' autem *ultra citroque obligationem* [...] ») met plutôt l'accent sur un accord bilatéral, qui suppose l'engagement de chaque partie à atteindre le but recherché¹⁴.

On le sait, les définitions du contrat en droit romain oscillent. Le fameux traité sur les pactes de Ulpien (D.2.14.7) nous montre un contrat plutôt marqué par *l'échange de promesses de prestations* (« *do ut des* », je te transfère la propriété d'un objet pour que tu me transfères la propriété d'un objet). C'est cette définition qui va s'imposer en droit naturel notamment, avec Domat et Pothier parmi d'autres auteurs, alors que la notion pandectiste repose plutôt sur un accord des volontés, d'où sont issues des obligations¹⁵. Cette distinction peut paraître anodine ; elle est essentielle pour comprendre la portée à donner au passage de Justinien qui limite le dommage à réparer au double de la valeur de l'objet.

¹³ Sur ces notions, cf. notamment B.SCHMIDLIN, *Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, p.66ss. (réimpression in: B.SCHMIDLIN, *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*, Zurich 2011, p. 61ss.).

¹⁴ Sur cette notion, voir notamment C.-A.CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in : Pichonnaz (édit.), *Autour du droit des contrats*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p.19ss., ainsi que la littérature citée, en particulier SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983 ; TALAMANCA, *V° contratto e patto nel diritto romano, Digesto, Discipline civilistiche, sezione civile*, IV, 4e éd., Turin 1989, p.58ss.

¹⁵ B.SCHMIDLIN, *Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, p.76ss.

En effet, si l'on s'intéresse au passage que nous avons reproduit ci-dessous du *Traité des obligations* de Pothier¹⁶, celui-ci distingue clairement deux hypothèses celle d'une violation « normale » de la promesse contractuelle et celle d'une violation par dol :

« n. 165. Il est évident que la réduction des dommages [p.144] et intérêts au double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, n'a d'application qu'à ceux qui *sont dus par rapport à la chose seulement* ; et qu'elle n'en peut recevoir à l'égard de ceux que le créancier a soufferts *extrinsecus* dans ses autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement soumis : *car ces dommages et intérêts n'étant pas dus pour raison de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose ; et ils montent quelquefois au décuple et plus de cette chose*. Par exemple, les dommages et intérêts dont est tenu envers moi un tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, résultant de la perte que j'ai faite du vin que j'y avais mis, peuvent monter à plus que le décuple de la valeur des tonneaux : car en me vendant en sa qualité de tonnelier les tonneaux, il s'est rendu responsable de leur bonté, et il s'est tacitement chargé du risque de la perte du vin, qui peut monter à dix ou vingt fois plus que le prix des tonneaux. Cette espèce de dommage ne concernant pas les tonneaux, mais le vin qu'on mettra dedans, ne doit pas se régler sur le prix des tonneaux. *Molin., ibid., n°49. [...]*.

n. 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 ; *Molin. ibid. n. 155.*

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 [p.146] 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

¹⁶ R.-J.POTHIER, *Traité des obligations*, Paris 1821, n.166 (p.145s.); nous utilisons ici l'édition de 1821 des Œuvres complètes de POTHIER (nouvelle édition), Paris (imprimerie de P.Didot, l'Aîné).

a communiqué la contagion ; *D.19.1.13* : car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage »¹⁷.

On le voit, Pothier distingue utilement entre les dommages consécutifs au défaut qui reposent sur la promesse (même implicite), c'est le n°165, et le dommage qui repose sur le dol (c'est le n°166). Dans cette seconde hypothèse, il ne prévoit aucune restriction à l'ampleur des dommages à réparer. Il rejette d'ailleurs expressément la limitation au double du prix¹⁸.

Dans l'hypothèse du n°165, Pothier considère fort justement que la limitation au double du prix met en lien promesse et dommage. Il considère dès lors que celui qui promet doit répondre de tout le dommage *lié à cette promesse*, y compris le dommage qu'il pouvait implicitement appréhender¹⁹.

Un tel lien entre promesse et dommage ne fait toutefois pas sens dès que l'on viole un devoir général comme celui de ne pas commettre de dol, car *celui qui commet un dol ne peut décider de l'ampleur de la réparation*. D'ailleurs, une exclusion ou une limitation contractuelle de la responsabilité en cas de dol n'est pas valable, en droit moderne (p. ex. art.100 al.1 CO²⁰), tout comme par le passé !

Ainsi, déterminer l'origine de l'obligation de réparer est utile pour décider s'il faut ensuite appliquer un régime contractuel ou plutôt un régime que nous pourrions appeler aujourd'hui délictuel à l'ampleur du devoir de réparer le dommage. La différence de régime souligne la différence de la nature de l'obligation, même si le moyen de droit peut être identique. Cette différence de *nature intrinsèque* (obligation justifiée par une promesse et obligation justifiée par un devoir de ne commettre aucun dol) peut fonder une différence dans l'étendue du dommage à réparer.

¹⁷ Mises en évidence par nous.

¹⁸ P.PICHONNAZ, *Droit romain : enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, Index 39 (2011), p.71.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Art.100 al.1 CO : « Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. ».

2. *Le recours à Pothier et les incidences en droit moderne*

En ignorant la distinction que nous avons présentée, une distinction certes subtile mais consubstantielle à la notion même d'obligation contractuelle, on risque d'appliquer un régime de réparation injuste et inapproprié dans certaines hypothèses. Nous allons nous en rendre compte à l'aune d'un arrêt de 2007 du Tribunal fédéral suisse qui cite Pothier, mais qui, à notre avis, n'a pas saisi la portée exacte du passage, n'ayant pas cherché à mettre les explications de Pothier dans leur contexte historique afin de comprendre l'affirmation du grand auteur français. Les faits de la cause étaient relativement simples :

Un acheteur (commerçant d'oiseaux) a acheté six perroquets amazones d'un importateur pour la somme de Frs 4'800.- (env. 3'500 Euros). Le vendeur-importateur les avait mis en quarantaine pendant 90 jours, conformément aux prescriptions en la matière. Après leur transfert à l'acheteur, les perroquets, perturbés par le changement et le stress, ont développé le virus Pachéco, virus typique du perroquet. Ce virus devient actif en cas de stress, mais ne peut apparemment pas être détecté tant qu'il est latent. 'Activé', ce virus s'est alors propagé à l'ensemble des perroquets détenus par l'acheteur, entraînant leur mort et une perte totale estimée par celui-ci à Frs 2 moi (env. 1,5 mio d'Euros²¹).

Comme l'acheteur a mis un terme à la vente compte tenu des défauts des volatiles, le Tribunal fédéral a dû interpréter l'art.208 al.2 et 3 CO qui pose les fondements des dommages-intérêts dus en cas de résiliation d'un contrat de vente pour cause de défauts. Sur cette base, il a estimé que le vendeur devait réparer l'entier du dommage subi par l'acheteur, alors même qu'il n'avait aucune idée du risque de contamination et qu'il avait respecté toutes les exigences de mise en quarantaine²².

La difficulté tient bien sûr d'abord à l'art. 208 du Code des obligations de 1911 et à son interprétation. Celui-ci dispose ce qui suit :

Art. 208 Code des obligations [8. Effets de la résiliation /a. En général]

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.

²¹ Mentionné ég. in PJA/AJP. (2007) 780 et in recht (2007) 154.

²² ATF 133/2007 III 257, trad. in SJ 2007 I 461ss.

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 imputable²³.

La distinction entre le « *dommage direct* » de l'alinéa 2, dont la réparation a lieu sans faute, mais en quelque sorte par la simple existence de la promesse – sorte de responsabilité objective du vendeur –, et le « *dommage indirect* » de l'alinéa 3, dont la réparation n'a lieu que si le vendeur a commis une faute, a fait couler beaucoup d'encre en Suisse, dans la doctrine²⁴ et la jurisprudence²⁵. En effet, elle met en quelque sorte en lien deux types de critères : le caractère direct et indirect²⁶ et le caractère fautif ou non fautif.

Le passage spécifique du Tribunal fédéral se référant à Pothier est le suivant²⁷ :

« [...] Comme dommage direct, *Pothier* (1699-1772) citait l'exemple d'un paysan qui achète une vache malade, suite de quoi ses autres animaux décèdent, contaminés par la maladie ; "une suite plus éloignée et plus indirecte" serait celle où, à cause de la maladie de ses bœufs (de trait), le paysan n'est plus en mesure de labourer ses champs et où, par la suite, il ne peut plus payer ses dettes (Robert-Joseph Pothier, *Traité des*

²³ La mise en évidence est de notre fait.

²⁴ Pour un résumé de la position doctrinale, cf. ATF 133/2007 III 257/261, consid. 2.1 ; ég. Y.ATAMER, *Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware*, RDS/ZSR 130 (2011) 449 ss. ; H.SCHÖNLE, *Le dommage direct, Interprétation théologique et musicologique de l'art. 208 CO, Figures juridiques*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p.23ss. ; P.TERCIER/P.PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, n.1210 ; E.BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 1988*, p.105 ; P.CAVIN, *Kauf, Tausch und Schenkung*, SPR VII/1 (1977), p.101 ; H.GIGER, *Der Fahrniskauf, art. 184-215 CO, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Berne 1980, n.38 ad art. 208 CO (sans exclure clairement le *lucrum cessans* de l'alinéa 2) ; P.ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne 1997, p.43 ; ég. parmi d'autres, H.SCHÖNLE/P.HIGI, *art. 192-204 CO, Kauf und Tausch/Schenkungen, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich 2005, n.67s. et 78 ad art. 195 CO ; S.VENTURI, *Commentaire romand du Code des Obligations (art. 1-529)*, Bâle 2003, n.11 ad art.208 CO.

²⁵ ATF 79/1953 II 376, 380s., consid.3.

²⁶ Cf. not. H.SCHÖNLE, *Le dommage direct, Interprétation théologique et musicologique de l'art. 208 CO, Figures juridiques*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p.25s.

²⁷ ATF 133/2007 III 257/267 c. 2.5.2, trad. in SJ 2007 I 461ss.

Obligations, note 166 s., reproduit dans : (Œuvres de Pothier, Editeur : M. Siffrein, Paris 1821, vol. 1, p. 189 s.). Sur la base de la doctrine du droit commun, le Code Civil français de 1804 a limité, en son article 1150, la responsabilité contractuelle du débiteur en cas de non-exécution du contrat au dommage qui, au moment de la conclusion du contrat, avait été prévu ou était prévisible, dans la mesure où le débiteur n'avait pas omis d'exécuter le contrat avec intention ("par son dol"). Même en cas de non-exécution intentionnelle, le débiteur ne doit, selon l'art. 1151 CCfr.²⁸, que réparer le dommage, dans la mesure où celui-ci est "une suite immédiate et directe" de la non-exécution. ».

Ce que le Tribunal fédéral suisse n'a pas réalisé, c'est que le passage cité est au n°166, à savoir qu'il s'agit du passage consacré à la réparation liée au *dol du vendeur*. La distinction et les exemples de Pothier sont donc tous à mettre en lien avec l'hypothèse dans laquelle le vendeur connaît le défaut ou le risque, mais qu'il se tait. Or, en ignorant totalement le fait que Pothier distinguait entre les situations de dol et les autres, le Tribunal fédéral suisse applique à l'hypothèse de l'absence de toute faute, la solution plus dure d'une responsabilité totale, qui n'était pourtant prévue que pour le dol. Partant, pour le Tribunal fédéral, le dommage consécutif au défaut doit être réparé *dans tous les cas* ; il n'y a dès lors plus de lien avec la promesse ou la volonté des parties. Le contrat est ainsi devenu une source « autonome » qui impose un devoir de réparer qui naît du contrat de vente, mais qui n'est plus en relation avec les promesses faites.

La responsabilité est tout à coup liée au *transfert de l'objet* du contrat, mais non à la volonté des parties (les promesses). Si l'on pouvait le comprendre en cas de dol, élément fondamentalement indépendant du contrat, cela nous semble plus difficile à justifier ici.

La conséquence est alors très dure. Nous citons le Tribunal fédéral²⁹ :

« Un exemple mentionné par la doctrine par renvoi à Pothier pour un dommage direct est celui de la perte du bétail de l'acheteur suite à la transmission de la maladie par une vache achetée [...*cite encore d'autres exemples...puis*]. Ces exemples démontrent qu'un dommage consécutif à

²⁸ « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui *est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*. »

²⁹ ATF 133/2007 III 257/272 c. 3.2, trad. in SJ 2007 I 461ss.

un défaut ne doit pas être qualifié de conséquence éloignée d'un dommage pour la seule raison que ce dernier n'a eu d'effet néfaste que lors de l'usage normal de la chose dans le cadre de l'utilisation ordinaire ou convenue. Dans le cas d'espèce, la maladie des perroquets achetés s'est directement transmise au reste de l'élevage de l'acheteur, raison pour laquelle un rapport de causalité directe doit être admise ».

On le voit en se limitant à examiner le *lien de causalité* direct ou non, sans tenir compte du fondement de la responsabilité de réparer (à l'occasion d'un contrat), le Tribunal fédéral impose la réparation du dommage consécutif au défaut même en l'absence de faute ou de dol. *Le simple fait de livrer un objet défectueux impose de réparer toutes les conséquences*, même les plus éloignées, sans que l'on doive examiner l'existence ou non d'un dol.

L'obligation de réparer est ainsi *liée au transfert* de l'objet et non à la promesse ! On peut dès lors se demander quelle est encore la fonction de l'obligation contractuelle, censée concrétiser les devoirs généraux, si le simple transfert d'un objet impose d'assumer toutes les conséquences du transfert de l'objet, même imprévisibles, comme la mort de perroquets.

En suivant Pothier et sa bonne compréhension de Ulp.D.19.1.31*pr.*, le droit français impose lui une limite à la responsabilité en recourant au critère de la *prévisibilité du dommage* par son auteur ; donc, en mettant en lien la volonté ou la promesse et le dommage. En effet, l'art.1150 CCfr. dispose que « [l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, *lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*³⁰ ». L'essence même du contrat est ainsi respectée. En outre, lorsque « l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur », l'art.1151 CCfr. limite alors les dommages et intérêts uniquement « à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé », en n'imposant la réparation que de « ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

Cette approche nous paraît ainsi plus juste que celle suivie par le Tribunal fédéral, en ce qu'elle respecte l'essence de l'obligation contractuelle, fondée sur une manifestation de volonté, même implicite. En effet, le problème de la solution suisse est qu'elle revient

³⁰ La mise en évidence est de notre fait.

finalement à créer une responsabilité du fait du produit, qui fait éclater la notion de devoir contractuel³¹. On doit le regretter.

3. Conclusions

Le Tribunal fédéral suisse s'est penché sur l'histoire pour chercher à interpréter une disposition effectivement difficile du droit de la vente. On peut louer cette approche³² ; elle correspond d'ailleurs au besoin grandissant d'argumentation lié à l'approche méthodologique du Tribunal fédéral³³. Toutefois, en ne prenant pas toute la mesure des explications de Pothier dans leur contexte historique, notre Haute Cour a fait dire à cet auteur autre chose que ce qu'il a affirmé. Elle s'est ensuite appuyée sur cette interprétation pour justifier la solution retenue dans l'analyse de l'art.208 al.2 CO. On peut le regretter.

En effet, la différence entre dommage direct ou indirect devrait se faire non pas par rapport à la livraison, comme le dit le Tribunal fédéral, mais par rapport à la *promesse*. L'enjeu est en effet de déterminer si le dommage est en lien avec la promesse ; en d'autres termes, il s'agit de voir si le vendeur s'est engagé à réparer le dommage, du moins implicitement. Le passage de Julien mettait cela bien en évidence déjà au 2^e siècle ap. J.-C. Ainsi, en se fondant sur la promesse, on intègre la prévisibilité du dommage à celle-ci, comme le fait le droit français à l'art.1150 CCfr. En revanche en se fondant sur le transfert de l'objet pour justifier l'obligation de réparer le dommage consécutif au défaut, on fait fi de la nature contractuelle de l'obligation pour régler les conséquences de la livraison. Or, si la promesse contractuelle a un sens, c'est justement celui de limiter ou déterminer ce à quoi une partie s'engage, ou plus précisément quel dommage elle s'engage à payer. Ces réflexions sont d'ailleurs indépendantes de la question de savoir si la responsabilité contractuelle du vendeur doit être fondée sur une faute présumée

³¹ Dans le même sens, F.WERRO, *La vente dans la jurisprudence récente*, in Pichonnaz/Werro (éd.), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives*, Genève/Bâle/Zurich 2009, p.6s.

³² Cf. à cet égard, nos réflexions in : P.PICHONNAZ, *Droit romain : enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge*, Index 39 (2011), p.58ss.

³³ Sur ces réflexions, cf. P.PICHONNAZ, *Un code toujours plus hors du code*, RDS II (2011), p.209s.

(comme c'est le cas actuellement en droit suisse) ou conçue comme une responsabilité –contractuelle- sans faute³⁴.

L'art.208 CO a mis ensemble *deux notions différentes du contrat*, celle du droit naturel considérant le contrat comme un échange de promesses et celle du droit pandectiste, considérant le contrat comme un accord faisant naître des obligations, par définition contractuelles. Cela rend dès lors difficile la délimitation d'une obligation contractuelle de réparer le dommage. Il nous semble dès lors que les explications de Julien ont pu nous éclairer à cet égard, afin d'éviter un amalgame dangereux.

D'ailleurs, le projet de cadre commun de référence (*Draft Common Frame of Reference*) semble lui aussi avoir pris en compte l'approche que nous avons dégagée à travers Julien et Pothier. En effet, le DCFR distingue clairement les conséquences de la promesse (réciproque) de celle du dol ou de la faute. En effet, sous le titre « limitation of liability for damages of non business sellers », *l'art.IV.A.-4:202 al.1^{er} DCFR* limite l'ampleur de la réparation du dommage en fonction de la promesse faite³⁵: « (1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price. » (trad.: (1) Si le vendeur est une personne physique agissant dans un but qui n'est pas lié à son activité commerciale ou professionnelle, l'acheteur n'a pas droit à la réparation du dommage pour défaut de conformité allant au-delà du prix du contrat.).

La situation est différente en cas de dol ou de faute du vendeur, comme en témoigne l'alinéa 2 du même article : « (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time. » (trad.: (2) Le vendeur ne peut se prévaloir du paragraphe (1) si le défaut de conformité est lié à des faits dont le vendeur, au moment où le risque est passé à l'acheteur, connaissait ou aurait raisonnablement pu

³⁴ Pour une telle proposition récemment, Y.ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware, RDS/ZSR 130 (2011) 449ss.

³⁵ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Munich 2009 (DCFR Outline).

connaître et qu'il n'a pas communiqué à l'acheteur avant cette date). L'art.161 du projet de « droit commun européen de la vente » soumis en octobre 2011 par la Commission européenne pose également la prévisibilité au centre de la mesure des dommages-intérêts : « [Prévisibilité du préjudice] Le débiteur n'est responsable que du préjudice qu'il a prévu ou est censé avoir prévu au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence de l'inexécution³⁶ ». On notera toutefois l'absence de règle différente en cas dol, ce qui nous semble être une erreur dans la perspective que nous venons de développer³⁷.

Ces réflexions diachroniques ont – nous l'espérons – jeter une lumière différente sur l'analyse faite par le Tribunal fédéral pour déterminer les conditions de la réparation du dommage consécutif à un défaut. Nous espérons dès lors que ces réflexions sur la nature de l'obligation contractuelle de réparer et ses conséquences donneront l'occasion au Tribunal fédéral de réexaminer sa jurisprudence relative à l'art.208 al.2 et 3 CO. Elle permettront en tout cas au jubilaire de poursuivre quelques de réflexions de droit privé qu'il pourra intégrer à ses recherches à venir.

³⁶ Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11.10.2011, COM(2011) 635 final.

³⁷ Sur la question de la prévisibilité, voir notamment les présentations suivantes : PH.MALAUURIE/L.AYNÈS/PH.STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Paris 2009, para.964ss; é.g. W-TH.SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip?: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht)*, Tübingen 1997, p.37ss; FL.FAUST, *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäss Art.74 Satz 2 UN-Kaufrecht*, Tübingen 1996, p.104ss.