

LA COMPATIBILITÉ DU DROIT SUISSE DES CONTRATS AVEC LES STANDARDS INTERNATIONAUX

par

Christine CHAPPUIS
professeure à l'Université de Genève

INTRODUCTION

Le droit des contrats connaît depuis quelques années un véritable renouveau provoqué par l'adoption de règles de rang international, qu'il s'agisse de *hard law*, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹, ou de *soft law*, en particulier les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international² et les Principes de droit européen des contrats³. Ces textes sont à l'origine du développement de véritables standards internationaux en matière contractuelle, essentiellement commerciale⁴. Les règles qui y sont contenues sont le reflet tant d'un substrat commun aux différents ordres juridiques nationaux⁵ que de la pratique contractuelle internationale.

Ces règles forment le cadre de référence de la présente étude qui a pour but de vérifier la position du droit suisse face aux standards internationaux qu'elles expriment. Je me propose de faire le tour de quelques thèmes importants en analysant le droit suisse des contrats sur la base du texte légal, mais

¹ Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, RS 0.221.211.1 (ci-après: Convention de Vienne, CVIM).

² Une version complétée des Principes d'UNIDROIT est parue en 2004 (la publication de la première partie date de 1994) (ci-après: Principes d'UNIDROIT, PU).

³ Les Parties I et II sont parues en 2000, la Partie III en 2003 (ci-après: Principes européens, PE).

⁴ Les aspects relevant plus particulièrement de la protection des consommateurs ne seront pas abordés ici, bien que les Principes européens les prennent aussi en compte. A ce sujet, voir les contributions de Marcel FONTAINE dans le présent ouvrage (II et IV) et de Franz WERRO, ainsi que celle de Xavier FAVRE-BULLE.

⁵ Ce qui n'empêche pas la divergence de certaines solutions; il en va par exemple ainsi pour les pouvoirs de représentation (infra, I.B) et le rapport entre les vices du consentement et les moyens en cas d'inexécution (infra, II.B.2).

également — peut-être, surtout — de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. La vie du contrat sera ainsi passée au crible des standards internationaux en commençant par la formation du contrat et les vices qui peuvent l'affecter, en poursuivant avec l'intervention possible du tribunal dans l'organisation de leurs rapports par les parties, pour terminer avec les moyens en cas d'inexécution du contrat.

I. LA FORMATION DU CONTRAT

Au chapitre de la formation du contrat, j'examinerai la conclusion du contrat, plus précisément, la modification de l'acceptation et la lettre de confirmation. Le mécanisme de la représentation et la responsabilité dans les négociations retiendront également notre attention.

A. Conclusion du contrat

Les Principes d'UNIDROIT, tout comme la Convention de Vienne, abordent le contrat par son mode de formation⁶, alors que les Principes européens et le droit suisse s'arrêtent d'abord sur l'accord des parties⁷ et n'examinent le mode de formation que dans un deuxième temps⁸. Cela étant, l'analyse classique en termes d'offre et d'acceptation qui aboutit au «consentement», à un «accord suffisant» («*agreement*»), est commune aux différents textes. Par ailleurs, la «déclaration» est mise sur le même plan que le «comportement» dont on peut déduire la volonté d'une partie⁹, «acte concluant» selon la terminologie suisse (ou manifestation «tacite» conformément à l'art. 1 al. 2 CO). Alors que le droit suisse distingue la conclusion du contrat entre présents (art. 4 CO) et entre absents (art. 5 CO), les textes internationaux se concentrent sur l'éventuelle fixation d'un délai pour accepter (art. 2.7 PU, art. 2:206 PE) tout en réservant le cas de l'offre verbale (art. 2.7 PU *in fine*). Cette différence d'approche ne devrait toutefois pas conduire à des solutions divergentes.

Deux différences méritent d'être relevées. D'une part, selon la curieuse règle de l'art. 10 al. 1 CO¹⁰ le moment de la conclusion d'un contrat remonte à celui de l'expédition de l'acceptation. L'art. 2:205(1) PE¹¹ retient plus adéquatement le moment où l'acceptation parvient à l'offrant. D'autre part, la révocation de l'offre n'est pas prévue de manière aussi étendue en droit

⁶ Art. 2.1.1 ss PU, art. 14 ss CVIM.

⁷ Art. 2:101-2:103 PE, art. 1-2 CO.

⁸ Art. 2:201 ss PE, art. 3 ss CO.

⁹ Art. 2:102 PE; voir aussi art. 2.1.1 et 2.1.6(1) PU.

¹⁰ Cf. THÉVENOZ, *passim*.

¹¹ Même solution à l'art. 2.1.6(2) PU.

suisse que par les instruments internationaux qui admettent une révocation aussi longtemps que l'acceptation n'est pas expédiée (art. 2.1.4 PU, art. 2:202 PE, art. 16 CVIM). Le droit suisse n'admet un «retrait» de l'offre que s'il parvient au destinataire avant l'offre ou en même temps (art. 9 CO), ce qui correspond à la «rétractation de l'offre» que connaissent les Principes d'UNIDROIT (art. 2.3) et la Convention de Vienne (art. 15(2) CVIM)¹².

Il arrive fréquemment, en particulier dans le commerce international, que les parties n'échangent pas simplement une offre suivie d'une acceptation, orales ou écrites, mais s'engagent dans des pourparlers dont l'issue n'est, à l'origine, pas claire, ni quant à l'existence, ni quant au contenu du futur contrat. L'art. 2:211 PE en tient compte en prévoyant l'application, par analogie seulement, des règles relatives à l'offre et à l'acceptation, lorsque le processus de formation du contrat ne peut pas être analysé comme une succession claire dans le temps entre l'offre d'une partie que rencontre l'acceptation de l'autre. Cette disposition montre que les principes classiques, pourvu qu'on les applique avec la souplesse nécessaire, continuent de rendre compte du processus de formation du contrat qui doit aboutir à la volonté d'être lié de part et d'autre sur les éléments essentiels de la convention envisagée¹³.

Deux questions, d'importance pratique indéniable, n'ont pas été visées spécifiquement par le Code des obligations suisse: celle d'une acceptation comportant des divergences par rapport à l'offre et celle de la confirmation écrite de négociations conduites oralement.

1. Modification de l'acceptation

La règle veut que seule une acceptation dont le contenu correspond, sur les points objectivement et subjectivement essentiels, à celui de l'offre soit de nature à provoquer la conclusion du contrat¹⁴. Bien que le Code des obligations suisse ne le mentionne pas, il est incontesté qu'une acceptation comportant des divergences par rapport à l'offre doit être considérée comme une contre-offre¹⁵, à son tour susceptible d'être acceptée selon les règles développées en relation avec l'offre. L'interprétation selon le principe de la confiance (que l'on déduit des règles de la bonne foi, art. 2 al. 1 CC) est déterminante à la fois pour le principe et pour le contenu de l'accord qui, le cas échéant, résulte de l'acceptation de la contre-offre. C'est dans ce cadre que la portée du silence — opposé à une contre-offre — mérite une attention particulière.

¹² Les Principes européens ne prévoient que la révocation de l'offre: art. 2:202(2) PE. A ce sujet, voir la contribution de M. FONTAINE, I.A.2.

¹³ Voir toutefois les conclusions nuancées de M. FONTAINE dans sa contribution au présent ouvrage.

¹⁴ SCHWENZER, N. 28.31.

¹⁵ TERCIER, N. 485. Dans le même sens, art. 2.1.11(1) PU et art. 2:208(1) PE.

«Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation»¹⁶. Ce principe — élégamment exprimé par les Principes européens et les Principes d'UNIDROIT — bénéficie d'une reconnaissance toute générale. Tout comme l'admission de certaines exceptions. Ainsi, l'art. 6 CO admet que le silence vaut acceptation lorsque, en raison de la nature de l'affaire ou des circonstances particulières, l'auteur de l'offre ou de la contre-offre ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse. Ce sont les règles de la bonne foi qui permettent de déterminer dans quelles circonstances l'auteur d'une contre-offre peut considérer que le silence gardé par l'autre partie à réception de la contre-offre peut être considéré comme une acceptation.

Les règles internationales fournissent quelques points d'appui à une concrétisation de ce principe. Lorsque la contre-offre contient une altération substantielle des termes de l'offre, son auteur n'est pas en droit d'interpréter le silence de l'autre partie comme une acceptation (art. 2.1.11(2) PU, art. 2:208(2) PE). Dans le cas contraire, soit en l'absence d'altération substantielle, le silence vaut bel et bien acceptation. Le problème est donc de déterminer dans quel cas une altération substantielle doit être admise. La Convention de Vienne propose une réponse à cette question en énumérant, de manière exemplative, certaines modifications qui conduisent à une altération substantielle (art. 19(3) CVIM): lorsqu'il s'agit du prix, du paiement, de la qualité et de la quantité des marchandises, des modalités d'exécution quant au lieu et au moment, de l'étendue de la responsabilité des parties ou du règlement des différends, la Convention de Vienne considère qu'il y a une altération substantielle des termes de l'offre.

Le Code des obligations suisse, fidèle à son style concis et ouvert, se contente de la règle générale de l'art. 6. La concrétisation est laissée au juge sur la base des règles de la bonne foi. Or, il ne paraîtrait pas conforme à l'art. 2 al. 1 CC d'admettre que puisse être acceptée par le silence une contre-offre divergeant sur des points essentiels de l'offre initiale¹⁷. Il en va de même pour les exemples mentionnés par l'art. 19 al. 3 CVIM. La convergence avec le droit suisse repose ici sur les règles de la bonne foi telles que concrétisées par le juge.

2. Confirmation écrite

L'échange de manifestations orales (souvent téléphoniques) suivi d'une confirmation écrite constitue un mode habituel de conclusion de contrats, en matière de commerce¹⁸ tant international qu'interne. La lettre de confirmation (*Bestätigungsschreiben*) qui reflète fidèlement l'accord oral ne pose

¹⁶ Art. 2:204(2) PE, art. 2.1.6(1) in fine PU, art. 18 al. 1 CVIM.

¹⁷ Cf. ATF 100 II 18 consid. 3a, SJ 1974 559, JdT 1974 I 354.

¹⁸ GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1159. Voir également la contribution de M. FONTAINE au présent ouvrage, III.C.

aucun problème particulier. En revanche, plus délicate est la confirmation qui contient des éléments différents ou qui n'ont pas fait l'objet de la discussion orale. Le silence gardé à réception de la lettre de confirmation peut-il alors être compris par l'auteur de la lettre comme signifiant que le destinataire est d'accord avec ce qui a été confirmé malgré la divergence avec ce qui était convenu? Le Tribunal fédéral a tranché par la négative dans une affaire de 1988¹⁹ sur la base d'une application par analogie²⁰ de l'art. 6 CO. Tout en admettant l'effet constitutif d'un tel courrier²¹ lorsque le destinataire a eu l'occasion d'en contester le contenu mais ne l'a pas fait, le Tribunal fédéral refuse d'accorder un effet constitutif à une lettre de confirmation qui s'écarte à tel point du résultat des négociations que les règles de la bonne foi interdisent à son auteur de considérer que le destinataire aurait manifesté son acceptation en ne protestant pas²².

Les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens retiennent le même critère que celui développé en rapport avec la modification de l'acceptation, soit celui de l'altération substantielle²³⁻²⁴. C'est ainsi que les éléments complémentaires ou différents figurant dans la confirmation écrite ne font partie du contrat que s'ils ne représentent pas une altération substantielle et que l'autre partie ne s'y soit pas opposée sans retard.

19 ATF 114 II 250 consid. 2b, SJ 1989 229 (rés.) (effet constitutif nié); voir aussi ATF 123 III 35 consid. 2b-c, JdT 1997 I 322 (effet constitutif admis); TF, 4C.303/2001, SJ 2002 I 363 (effet constitutif admis).

20 Il ne s'agit en effet pas d'une offre acceptée par le silence, mais d'un accord déjà conclu, selon l'une des parties, et qui serait constaté par la lettre de confirmation.

21 Le fondement dogmatique de ce raisonnement est obscur par le fait que le Tribunal fédéral fonde l'effet obligatoire de la lettre de confirmation sur le «Grundsatz der Vertrauenshaftung» (en s'appuyant notamment sur BeK-SCHMIDLIN, CO 6 N. 89 et 99 ss), alors qu'il s'agit en réalité d'une application du principe de la confiance (*Vertrauensprinzip*, cf. SCHWENZER, N. 28.48). Cette dernière conception semble l'emporter: TF, 4C.303/2001, SJ 2002 I 363 («Un consentement normatif peut, [...] découler du principe de la confiance»); KRAMER / PROBST, p. 33. Cf. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1163, sur les trois fondements théoriques possibles d'un effet constitutif: application directe ou par analogie de l'art. 6 CO; responsabilité fondée sur la confiance; les auteurs favorables à l'une des deux premières solutions (réf. cit. par GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1173) admettent l'effet constitutif de manière très restrictive; p. ex., KRAMER (1990), p. 103 ss; idem (1995), p. 7 ss. Sur l'ensemble de la question, voir MATHYS, p. 51 ss.

22 Cf. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1164, 1168.

23 Art. 2.1.12 PU, art. 2:210(1) PE.

24 La lettre de confirmation a été volontairement écartée de la CVIM, ce qui, selon CISO KO-SCHLECHTRIEM, CVIM 19 N. 4 et n. 12, exclut une application par analogie de l'art. 19(2) CVIM au silence opposé à une lettre de confirmation contenant des modifications non essentielles; sur l'insécurité juridique de cette absence de réglementation, cf. SCHMIDT, p. 102 n. 11 et 22, p. 117. Le Commentaire officiel de l'art. 2.1.12 PU (N. 1) relève la difficulté de distinguer l'acceptation modifiée [visée par l'art. 19(2) CVIM] de la confirmation écrite contenant des modifications [exclue de la CVIM] et explique ainsi la solution semblable adoptée par l'art. 2.1.11 PU (modification de l'acceptation) et par l'art. 2.1.12 PU (confirmation écrite). Vu la fréquence de ce mode de conclusion du contrat, le silence qualifié de la CVIM quant à la confirmation écrite est regrettable. Voir aussi, MATHYS, p. 82 ss.

Ces règles, qu'elles concernent l'acceptation modifiée ou la confirmation écrite, contiennent certaines précisions. En premier lieu, elles sont limitées aux relations entre commerçants²⁵. Par ailleurs, la confirmation écrite n'est susceptible de déployer des effets malgré une altération non substantielle que si elle est envoyée dans un délai raisonnable après les négociations²⁶. Enfin, la contestation du destinataire de la confirmation écrite doit également intervenir sans retard pour détruire l'effet de celle-ci. Ces deux dernières précisions peuvent, sans difficulté, être déduites en droit suisse du principe de la confiance. En particulier, on ne voit pas que l'auteur d'une acceptation modifiée ou d'une confirmation écrite, présentant une modification substantielle puisse, raisonnablement, déduire du silence du destinataire qu'il accepte les éléments modifiés.

Les dernières décisions citées²⁷ peuvent donner l'impression que la jurisprudence suisse admet l'effet constitutif fondé sur le silence de manière plus généreuse que les dispositions des Principes d'UNIDROIT ou des Principes européens examinées. L'importance de l'écart par rapport aux accords antérieurs ne semble pas prise en considération. Toutefois, le principe directeur en la matière, celui de la confiance, interdirait à celui qui se prévaut du silence de l'autre partie d'en déduire que celle-ci accepte les modifications par rapport aux accords antérieurs, comme le Tribunal fédéral l'a admis dans l'affaire déjà citée de 1988²⁸. Même si la formule est large, le principe de la confiance devrait conduire au même résultat négatif dans une telle hypothèse.

Dans l'ensemble, les cas examinés montrent que la solution du Code des obligations suisse, concrétisée en application des règles de la bonne foi, correspond aux règles internationales susmentionnées.

B. Pouvoirs de représentation

Le juriste suisse ne sera, dans l'ensemble, pas surpris par la réglementation des pouvoirs de représentation dans les instruments internationaux²⁹. Il retrouvera la distinction connue entre les rapports internes, liant le représenté et le représentant, et les rapports externes, noués avec le tiers (art. 2.2.1(2) PU); de même la distinction, dans les rapports internes, entre le contrat de base et le rapport de représentation qui vient se greffer sur ce

25 Dans le même sens, ATF 114 II 250, JdT 1989 I 229 (rés.): «jedenfalls im kaufmännischen Verkehr». SCHWENZER, N. 28.44 ss; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1163.

26 Dans le même sens, GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 1168.

27 P. ex., TF, 4C.303/2001, SJ 2002 I 363: «le silence du destinataire peut être interprété comme un accord avec le contenu d'une convention faisant l'objet d'une confirmation écrite, alors même que celle-ci s'écarterait des accords antérieurs ou les compléterait» (italiques ajoutées).

28 ATF 114 II 250 consid. 2a, JdT 1989 I 229 (rés.).

29 Voir art. 3:101 à 3:304 PE et la section 2 (du Chapitre 2) nouvellement adoptée des Principes d'UNIDROIT.

contrat (art. 3:101(3) PE). Ces règles prennent leur distance par rapport au système français et à la *common law*³⁰.

Pour que les effets de la représentation se produisent, tous les systèmes exigent que le représenté confère au représentant (agent) le pouvoir d'agir en son nom (art. 3:201(1) PE, art. 2.2.2 PU), condition que pose également l'art. 32 al. 1 CO. Une divergence est à signaler en ce qui concerne la seconde condition posée par la même disposition: le fait d'agir au nom d'autrui qui permet de distinguer la représentation directe de la représentation indirecte est également exigé par les Principes européens (art. 3:201), suivant en cela la tradition civiliste. Ce n'est pas le cas des Principes d'UNIDROIT qui distinguent — suivant la tradition de *common law* — entre *disclosed* et *undisclosed agency* selon que le tiers sait ou doit savoir que le représentant agit en tant que tel (art. 2.2.3 et 2.2.4 PU) ou qu'il ne le sait pas et ne doit pas le savoir. Sur ce point, le droit suisse est plus proche des Principes européens qui ont adopté la solution des pays de *civil law*.

Après ces considérations générales, nous nous arrêterons à deux problèmes qui ont occupé la jurisprudence suisse ces dernières années, soit l'apparence des pouvoirs de représentation et les conflits d'intérêts.

1. *Pouvoirs tacites, pouvoirs apparents*

C'est en particulier l'arrêt du magasin de sport³¹ qui traite de la question des pouvoirs tacites ou apparents (*Duldungs-* ou *Anscheinsvollmacht*), à propos desquels la terminologie n'est pas encore clairement fixée. Le titulaire d'une raison individuelle sous laquelle était exploité un magasin d'articles de sport, n'avait pas accordé de pouvoir de représentation à son fils, travaillant dans l'entreprise, lequel conclut pourtant un contrat en vue de l'installation d'un nouveau commerce d'articles de sport. Le Tribunal fédéral examine la question de savoir si cet acte lie le titulaire de la raison individuelle sous l'angle de la protection du tiers, selon l'art. 33 al. 3 CO. Il arrive à la conclusion que les circonstances ne permettaient pas au tiers d'admettre que des pouvoirs lui avaient été communiqués par le représenté, raison pour laquelle le tiers ne méritait pas protection.

L'art. 3:201 PE fournit une excellente grille de lecture des hypothèses où les pouvoirs ne sont pas conférés de manière expresse au représentant. Il distingue trois manières d'octroyer les pouvoirs: l'octroi de manière expresse, implicite et apparente. Selon le premier alinéa, l'octroi des pouvoirs peut être soit exprès, soit implicite c'est-à-dire «découlant des circonstances». Ce dernier cas joue, selon le commentaire des Principes européens, un rôle

³⁰ Principes européens I-II, art. 3:102 Note 1.

³¹ ATF 120 II 197, JdT 1995 I 194.

important en pratique³². L'octroi est implicite par exemple si le représenté place le représentant dans une certaine position au sein d'une entreprise, position qui implique l'octroi de pouvoirs correspondants³³⁻³⁴. A défaut, le second alinéa prévoit que le représenté est tenu pour avoir conféré un pouvoir qualifié d'apparent si, par ses déclarations ou son comportement, il a «incité le tiers à croire de façon raisonnable et de bonne foi que le représentant apparent avait reçu pouvoir pour l'acte qu'il a accompli» (art. 3:201(3) PE).

Cette disposition, limpide dans sa rédaction, correspond au résultat auquel conduit l'interprétation des art. 32, 33 et 38 CO notamment. Que l'octroi des pouvoirs, comme n'importe quel acte juridique³⁵, puisse être exprès ou tacite (implicite), voilà qui relève de l'évidence³⁶. Le principe est exprimé à l'art. 458 al. 1 CO pour le fondé de procuration par les mots «l'autorisation expresse ou tacite de gérer [...] et de signer», même s'il ne l'est pas à l'art. 32 CO.

En revanche la distinction entre pouvoir implicite et pouvoir apparent est beaucoup moins aisée. Sur la base de l'arrêt du magasin de sport, on peut mettre en évidence que lorsque les pouvoirs ne sont pas accordés du tout, la protection du tiers suppose au moins un comportement du représenté équivalant à la communication des pouvoirs exigée par l'art. 33 al. 3 CO ainsi que la déduction raisonnable et de bonne foi par le tiers que le représentant avait bien reçu pouvoir (art. 3 CC)³⁷. Selon les termes de cette décision,

«La communication objective des pouvoirs du représentant au tiers doit donc émaner du représenté. Celui-ci n'est obligé que si son comportement laisse croire, selon les règles de la bonne foi, qu'il entendait porter ces pouvoirs à la connaissance du tiers.»³⁸ [...] «L'effet de représentation ne se produit que si la bonne foi du tiers est suffisamment établie»³⁹.

32 Principes européens I-II, art. 3:102 Comment B.

33 Ibid.

34 En droit suisse, on parle de «Einräumung einer Stellung»; voir CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N. 11 et réf. cit. n. 27.

35 L'art. 1 al. 2 CO l'exprime pour la conclusion du contrat: «Cette manifestation peut être expresse ou tacite».

36 BeK-ZÄCH, CO 33 N. 34, 35 ss; BaK-WÄTTER, CO 33 N. 14 ss.

37 CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N. 19; BaK-WÄTTER, CO 33 N. 31 et 35; BeK-ZÄCH, CO 33 N. 8 s. et 46, 128-130.

38 ATF 120 II 197 consid. 2.b.bb, JdT 1995 I 194, 198.

39 ATF 120 II 197 consid. 2.b.cc, JdT 1995 I 194, 199.

Cela correspond aux conditions dans lesquelles l'art. 3:201(3) PE admet que le représenté est tenu pour avoir conféré un pouvoir⁴⁰. La convergence des solutions se fonde, dans ce cas, sur une interprétation récente du texte légal suisse, qui s'appuie à la fois sur les règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC et sur la protection de la bonne foi instaurée à l'art. 3 CC.

2. Une solution originale au conflit d'intérêts

Le conflit d'intérêts trouve une solution originale aux art. 2.2.7 PU et 3:205 PE. Les hypothèses de fait visées correspondent notamment en droit suisse aux situations de double représentation (un même représentant agit pour deux représentés) et de contrat avec soi-même (le représentant agit à la fois comme représenté et comme contre-partie). L'art. 3:205(2) PE présume l'existence d'un conflit entre les intérêts du représenté et ceux du représentant dans les deux cas. Leur point commun réside dans le risque de lésion des intérêts du représenté.

La solution apportée en Suisse au second problème est de nature jurisprudentielle⁴¹: le contrat avec soi-même «entraîne en principe l'invalidité de l'acte en cause, à moins que le risque que l'opération porte préjudice au représenté soit exclu d'après la nature de l'affaire, ou que le représenté ait spécialement autorisé le représentant à contracter avec lui-même ou qu'il ratifie ultérieurement le contrat»⁴². Cela signifie que l'acte ne lie pas le représenté sous réserve de trois cas. Premièrement, l'acte ne présente pas le risque d'un préjudice causé au représenté; deuxièmement, il a été spécialement autorisé ou, troisièmement, ratifié par le représenté. Il s'ensuit que la jurisprudence suisse protège le représenté à qui est conféré le choix d'être lié ou non face à un acte par principe invalide⁴³.

La protection accordée au représenté par les Principes internationaux⁴⁴ en cas de conflit d'intérêts comporte le droit du représenté d'annuler le contrat, pour autant que le tiers ait connu le conflit d'intérêts ou n'ait pu l'ignorer⁴⁵. Le droit d'annuler est exclu si le représenté a consenti à l'acte ou qu'il ne pouvait ignorer le conflit dans lequel se trouvait le représentant, de même si,

⁴⁰ Le même système résulte, mais de manière un peu moins claire, des art. 2.2.2(1) PU (*express or implied authority*) et 2.2.5(2) PU («However, where the principal causes [i.e. *communication des pouvoirs*] the third party reasonably to believe [bonne foi du tiers] that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent»).

⁴¹ Cf. CR CO I-CHAPPUIS, CO 33 N. 32; idem (1997), p. 694 s. Voir aussi, BaK-WATTER, CO 33 N. 19; BeK-ZÄCH, CO 38 N. 15-17.

⁴² ATF 127 III 332 consid. 2a, JdT 2001 I 258, 259-260.

⁴³ Sous l'influence du § 181 aBGB (inchangé).

⁴⁴ Art. 2.2.7(1) PU, art. 3:205(1) PE.

⁴⁵ La formule est très proche de celle utilisée en rapport avec la protection de la bonne foi: par ex., art. 39 al. 2 CO et art. 3 CC.

ayant été informé du conflit, il n'a pas objecté à l'acte dans un délai raisonnable⁴⁶. Cette réglementation permet de tenir compte à la fois des intérêts du représenté en lui donnant le choix d'être lié ou non et de ceux du tiers en subordonnant le droit d'annuler à une condition subjective relative au tiers, correspondant — en droit suisse — à la mauvaise foi de celui-ci.

Il apparaît en conclusion que les règles établies par les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens garantissent un équilibre entre les intérêts du représenté et ceux du tiers, auquel ne parvient pas complètement la solution jurisprudentielle suisse.

C. Responsabilité précontractuelle

Avant la conclusion du contrat, il n'incombe — c'est l'évidence même — aucune obligation contractuelle aux parties. Toutefois, le contrat proprement dit est souvent précédé d'une phase de pourparlers qui peut s'étendre sur la durée; cela est particulièrement vrai des contrats internationaux. Cette phase n'est pas indifférente du point de vue du droit. Ainsi, s'il est indéniable que chacun est libre de conclure ou non, certains comportements sont prohibés par le droit parce qu'ils sont contraires à la bonne foi. Ils entraînent la responsabilité précontractuelle de leur auteur, également nommée responsabilité pour *culpa in contrahendo*, dont le principe est aussi fermement ancré en droit suisse que le fondement discuté⁴⁷.

Les Principes⁴⁸ règlent la question, même si aucun contrat n'est conclu, malgré les constructions divergentes adoptées par les différents ordres juridiques⁴⁹ et la réticence du droit anglais⁵⁰. Parmi les différents devoirs identifiés pendant la phase précontractuelle, les Principes mentionnent le devoir de négocier conformément aux exigences de la bonne foi et le devoir de confidentialité, deux devoirs sanctionnés par l'obligation de réparer le dommage subi.

1. — Le devoir de négocier sérieusement a été sanctionné dans une décision fondamentale du Tribunal fédéral⁵¹. Une société de leasing et une banque, par l'intermédiaire de sa succursale, mènent des pourparlers durant plusieurs mois en vue du financement des activités de ladite société. La banque soumet différents projets de contrats. Par ailleurs, elle finance un

⁴⁶ Art. 2.2.7(2) PU, art. 3:205(3) PE.

⁴⁷ Cf. CR CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 19 ss, CO 97 N. 26 ss; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 948 ss, 975 ss. Pour la jurisprudence, voir not. TF, 4C.152/2001, SJ 2002 I 164; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; ATF 105 II 75, JdT 1980 I 66.

⁴⁸ Art. 2.1.15 s. PU, art. 2:301 s. PE.

⁴⁹ Voir Principes européens I-II, art. 2:301 Notes 1 et 3. HONDIUS, p. 25 ss.

⁵⁰ Principes européens I-II, art. 2:301 Notes 1 et 3(b). Voir aussi, WERRO / BELSER, p. 519 s.

⁵¹ ATF 105 II 75, JdT 1980 I 66.

certain nombre des contrats de la société de leasing. Après que les textes contractuels définitifs ont été adressés à la cliente par la banque, celle-ci, sur l'intervention des organes de son siège principal, refuse de les signer et de financer les autres contrats qui lui ont été soumis. Le Tribunal fédéral retient que

«La responsabilité résultant d'une culpa in contrahendo repose sur l'idée que, pendant les pourparlers, les parties doivent agir selon les règles de la bonne foi. Certes, les interlocuteurs ne sont pas tenus de poursuivre les pourparlers qu'ils ont entamés; chacun a le droit de les rompre sans être obligé — en principe — d'en donner les raisons. Néanmoins, l'ouverture des pourparlers impose nécessairement des devoirs réciproques aux parties. En particulier, chacune doit négocier conformément à ses véritables intentions et renseigner l'autre, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions»⁵².

L'arrêt retient que la banque «a manqué aux règles de la bonne foi en continuant les pourparlers sans égard aux règles régissant sa propre organisation, pour faire finalement échouer la négociation sur un refus du siège principal, alors que le texte définitif de la convention avait été mis au point»⁵³.

On retrouve dans cet extrait le principe de la liberté de conclure énoncé d'emblée par les art. 2.1.15(1) PU et 2:301(1) PE, de même que la limite à cette liberté, soit l'interdiction d'interrompre les négociations contrairement à la bonne foi (art. 2.1.15(2) PU et 2:301(2) PE). Dans le cas d'espèce, le «point de non-retour»⁵⁴ des négociations avait été atteint de telle sorte que la société de leasing, par suite du comportement de la banque, «avait raison de compter sur le résultat positif des négociations et sur le nombre de questions relatives au futur contrat sur lesquelles les parties [avaient] déjà trouvé un accord»⁵⁵. C'est la raison pour laquelle le comportement de la banque devrait être qualifié de rupture de négociations «de mauvaise foi» au sens de l'art. 2.1.15(2) PU ou «contrairement aux exigences de la bonne foi» selon l'art. 2:301(2) PE.

2. — *Confidentialité*. Le devoir de se comporter loyalement pendant les pourparlers comprend celui de ne pas divulguer les informations confidentielles dont on a pu avoir connaissance pendant ceux-ci⁵⁶. Le secret dû à

52 ATF 105 II 75 consid. 2a, JdT 1980 I 66, 70.

53 ATF 105 II 75 consid. 2b, JdT 1980 I 66, 71.

54 Cf. Principes d'UNIDROIT (1994), art. 2.1.15 Comment. N. 3. Voir également la contribution de M. FONTAINE au présent ouvrage, III.B.2.

55 Ibid.

56 Ce devoir est admis par quelques auteurs: TERCIER, N. 495; ZK-JÄGGI, CO 1 N. 578. Nuancé, ZK-BAUMANN, CC 2 N. 175 ss. Perspective comparée: HONDIUS, p. 22 N. 21.

l'autre partie trouve une protection légale dans certaines circonstances, ainsi notamment en droit de la concurrence déloyale (art. 6 LCD) ou en droit pénal (art. 321 CP) lorsque les conditions de ces dispositions sont réalisées. En dehors des cas où le secret est ainsi protégé, les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) peuvent fournir un fondement au devoir général de respecter le secret des informations qui sont divulguées à titre confidentiel par une partie à l'autre durant la phase des négociations.

Afin de sauvegarder la confidentialité souhaitée tout en précisant le champ des informations couvertes par le secret, les parties conviennent fréquemment d'accords marquant les étapes de la négociation des contrats internationaux, par lesquels elles se protègent contre une divulgation des informations révélées pour les besoins de la négociation⁵⁷. Cette pratique est prise en compte par les Principes d'UNIDROIT (art. 2.1.16) et les Principes européens (art. 2:302) qui indiquent à quelles conditions un devoir de confidentialité lie une partie et quelles sont les conséquences de sa violation. Les commentaires rappellent qu'il n'existe pas de devoir général de confidentialité. Ce devoir peut résulter d'une déclaration expresse de la partie qui divulgue l'information. En l'absence d'une telle déclaration, un devoir de confidentialité peut résulter du principe général de la bonne foi, selon la nature particulière de l'information divulguée ou les qualités professionnelles des parties⁵⁸.

3. — Les devoirs de loyauté dans la négociation et de confidentialité sont sanctionnés par une obligation de réparer le dommage subi⁵⁹. En droit suisse, tout comme selon les standards internationaux, le créancier peut prétendre à l'indemnisation de son intérêt dit négatif (*negatives Interesse, Vertrauensinteresse, reliance interest*), comprenant les frais engagés inutilement en vue du contrat inefficace. Certains gains manqués résultant, non du contrat inefficace, mais d'affaires manquées du fait de celui-ci, peuvent aussi faire l'objet de l'indemnisation⁶⁰.

La violation d'un devoir de confidentialité est également sanctionnée, fait remarquable, par une indemnité «comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie» (art. 2.16 PU in fine)⁶¹. Les commentaires précisent que «[m]ême si la partie lésée n'a pas subi de perte, elle a droit à

⁵⁷ ISLER, p. 5 s.; FONTAINE / DE LY, p. 262 ss; BÜHLER, *passim*. Voir ég. la contribution de M. FONTAINE au présent ouvrage, III.B.1.

⁵⁸ Principes d'UNIDROIT (1994), art. 2.16 Comment. N. 1-2; Principes européens I-II, art. 2:302 Comments A.-B.

⁵⁹ Art. 2:301(2) PE; art. 2.1.15(2) PU, le régime général de l'art. 7.4.1 PU étant applicable par analogie selon Principes d'UNIDROIT (1994), art. 7.4.1 Comment. N. 3.

⁶⁰ Droit suisse: CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N. 35 s.; Tribunal fédéral, SJ 1999 I 113 consid. 3a; ATF 105 II 75 consid. 3, JdT 1980 I 66. Instruments internationaux: Principes d'UNIDROIT (2004), art. 2.1.15 Comment. N. 2; Principes européens I-II, art. 2:301 Comment G.

⁶¹ Art. 2:302 PE in fine: «Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie», traduction de «restitution of the benefit received by the other party».

une indemnité comprenant le bénéfice que la partie en défaut a retirée de la divulgation des informations à des tiers ou pour les avoir utilisées à des fins personnelles»⁶².

Une telle sanction qui, au-delà de la réparation du dommage, porte sur le bénéfice retiré par la partie en défaut est connue du droit suisse. Son fondement se trouve à l'art. 423 al. 1 CO qui oblige le gérant de mauvaise foi à restituer le gain qu'il a tiré de la gestion de l'affaire d'autrui. Il est largement admis aujourd'hui que la violation de devoirs relatifs peut entraîner la sanction de la remise du gain⁶³. En revanche, il n'était jusqu'ici pas question en droit suisse d'une telle sanction dans le cadre de la responsabilité précontractuelle. Rien ne s'y oppose théoriquement dans la mesure où l'existence d'un devoir (notamment de confidentialité) est retenue. La sanction doit être la même quel que soit ce devoir. Celui qui divulgue une information confidentielle, comme celui qui exploite de façon indue le résultat d'un travail (plans ou calculs) qui lui a été confié⁶⁴ ou sous-loue sans droit les locaux loués⁶⁵, sont soumis à la sanction de la remise du gain (art. 423 al. 1 CO). La loi contre la concurrence déloyale le prévoit expressément pour celui qui exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière⁶⁶. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un secret de fabrication ou d'affaires au sens de cette disposition, les règles générales trouvent application.

Sur ces trois points, on peut constater une convergence fondamentale entre les solutions des instruments internationaux et celles du droit suisse.

II. LES VICES DU CONTRAT

Au titre des vices du contrat, j'approfondirai l'impossibilité d'exécution et l'erreur affectant la conclusion du contrat.

A. Impossibilité d'exécution

Les art. 19 et 20 CO règlent trois hypothèses: l'illicéité et l'immoralité du contrat, ainsi que l'impossibilité de l'objet. Les deux premiers problèmes sont exclus du champ des Principes d'UNIDROIT et européens⁶⁷. Quant à

⁶² Principes d'UNIDROIT (1994), art. 2.16 Comment. N. 3; dans le même sens, Principes européens I-II, art. 2:302 Comment C.

⁶³ Cf. ATF 126 III 69 consid. 2a, SJ 2000 | 187. CR CO I-HÉRITIER LACHAT, CO 423 N. 1 ss, 14-15; ZK-SCHMID, CO 423 N. 69 ss; CHAPPUIS (2004a), *passim*; idem (2002a), p. 62 s. Nuancé, BaK-WEBER, CO 423 N. 6.

⁶⁴ Art. 5 lit. a et 9 al. 3 LCD.

⁶⁵ ATF 126 III 69 consid. 2a, SJ 2000 | 187.

⁶⁶ Art. 6 et 9 al. 3 LCD.

⁶⁷ Art. 3.1(b) PU, art. 4:101 PE.

l'impossibilité initiale, les Principes internationaux⁶⁸ sont d'accord sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une question de validité du contrat. Tout au contraire, l'art. 20 al. 1 CO prévoit la sanction lourde de la nullité du contrat en cas d'impossibilité, avec tous les problèmes de délimitation entre impossibilité dite objective et impossibilité dite subjective que l'on connaît⁶⁹.

Il y a là une véritable divergence entre le droit suisse et les Principes internationaux, qui fait apparaître la solution malheureuse⁷⁰ choisie par le législateur suisse au chapitre de l'inexécution. La maxime «*impossibilium nulla obligatio*» n'a pour elle qu'une apparence de logique. Le fait que la cause de nullité soit intervenue avant la conclusion du contrat — avec pour conséquence la nullité — ou après celle-ci — application des art. 97 et 119 CO — est bien souvent le fait du hasard⁷¹. La solution consistant à interpréter la disposition de la manière la plus restrictive possible n'est qu'un pis-aller. Par ailleurs, on ne voit pas pour quelle raison la partie qui a pris le risque de s'engager alors qu'il n'était pas certain que l'exécution fût possible serait libérée de son engagement par la nullité du contrat. Il convient bien plutôt d'appliquer les remèdes habituels de l'inexécution, en particulier l'obligation d'indemniser l'autre partie du dommage subi, ou éventuellement les règles sur l'erreur si le débiteur était dans l'erreur sur sa propre capacité de s'exécuter. C'est à tort que l'art. 20 al. 1 CO assortit l'impossibilité d'exécution de la même conséquence que l'illicéité ou l'immoralité du contrat⁷².

B. Annulation pour erreur essentielle

Au chapitre de l'erreur essentielle, comprise comme une «fausse représentation de la réalité»⁷³, aucun bouleversement majeur n'attend le lecteur. Le contrat conclu sous l'emprise d'une erreur essentielle peut être annulé selon les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens⁷⁴. On retrouve, sous une terminologie différente, la distinction entre l'erreur sur les motifs visée par l'art. 24 al. 2 et al. 1 ch. 4 CO (erreur essentielle de fait ou de droit⁷⁵) et

68 Art. 3.3 PU, art. 4:102 PE.

69 Cf. CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N. 9 ss 12 ss; GAUCH / SCHLUEP / REY, N. 2604 ss, 2619 ss.

70 Solution de plus en plus critiquée: KRAMER / PROBST, p. 137; SCHWENZER, N. 64.03; DONATIELLO, p. 40. Sur le système général de l'inexécution en droit suisse: WERRO / BELSER, p. 539 ss.

71 La voiture vendue est détruite quelques secondes avant la conclusion du contrat dans le garage où elle se trouvait (cas d'impossibilité); la voiture est détruite après la conclusion du contrat lors de son transport jusqu'au domicile de l'acheteur (cas d'inexécution).

72 Voir, pour le surplus, infra, III.A.

73 TERCIER, N. 613.

74 Art. 3.4 ss et 3.14 ss PU; art. 4:103 et 4:112 ss PE.

75 Art. 3.5 PU, art. 4:103 PE.

l'erreur dans la déclaration de l'art. 24 al. 1 ch. 1 à 3 CO (erreur dans l'expression d'une déclaration⁷⁶), l'accent étant à juste titre placé sur la première, de loin la plus importante en pratique.

1. Conditions de l'erreur

La jurisprudence a été confrontée à diverses difficultés, certaines réglées, d'autres non réglées par la loi. Trois affaires suisses serviront d'illustration comparée des solutions adoptées par les instruments internationaux et le droit suisse.

a. Le prix d'une bague

Ce cas d'école est fourni par une décision⁷⁷ relative à une bague portant par erreur une étiquette mentionnant un prix de Frs. 1'380 au lieu des Frs. 13'800 prévus par le bijoutier. Un tiers ayant acheté le bijou pour le prix figurant sur l'étiquette, le bijoutier déclare son intention d'invalider la vente. Le Tribunal fédéral admet qu'il s'agit en l'espèce d'une erreur dans la déclaration, plus précisément d'une erreur sur la quantité de la prestation promise (art. 24 al. 1 ch. 3 CO). Même si l'erreur d'étiquetage est imputable à une faute⁷⁸ du bijoutier, celui-ci conserve le droit d'invalider le contrat, mais répond du dommage occasionné par l'invalidation à la partie qui subit celle-ci (art. 26 CO). Le résultat paraît sévère pour le client, dont on voit mal quel est le dommage qu'il aurait pu subir.

Différence notable avec le droit suisse, l'erreur inexcusable empêche qu'un contrat soit annulé aussi bien selon les Principes européens que les Principes d'UNIDROIT⁷⁹. Cette solution correspond à la tendance majoritaire des ordres juridiques⁸⁰. Elle aurait conduit à refuser au bijoutier le droit d'invalider le contrat, solution évidemment préférable du point de vue du client et qui fait, à juste titre, supporter au professionnel le risque d'une mauvaise organisation de son entreprise. Il est vrai que si l'erreur inexcusable est le fait du client, la situation est renversée.

⁷⁶ Art. 3.6 PU, art. 4:104 PE.

⁷⁷ ATF 105 II 23, JdT 1979 II 474.

⁷⁸ L'attitude de celui qui invoque son erreur doit être jugée avec une certaine rigueur étant donné le traitement de faveur que lui accorde l'art. 26 al. 1 CO: ATF 105 II 23 consid. 3, JdT 1979 II 474.

⁷⁹ «L'erreur de la partie était inexcusable étant données les circonstances» (art. 4:103(2)(a) PE; erreur découlant «de la faute lourde de la partie qui l'a commise» (art. 3.5(2)(a) PU).

⁸⁰ En particulier des codes récents: art. 1400 al. 2 Code Civil du Québec, art. 6:228(2) Code Civil Néerlandais. Voir KRAMER (1998), N. 37 ss.

b. *L'erreur sur les faits futurs*

L'une des questions très débattues est de savoir comment traiter le cas dans lequel la réalité sur laquelle se trompe une partie (ou les deux) relève de l'avenir. Après avoir hésité entre une attitude tantôt opposée tantôt favorable à l'erreur sur les faits futurs, le Tribunal fédéral⁸¹⁻⁸² a récemment confirmé que celle-ci était admissible pour autant que le fait futur en question ait été considéré comme certain par la partie dans l'erreur et que l'autre partie ait pu reconnaître l'importance de ce fait pour son partenaire. Il a précisé que l'erreur doit porter sur des faits que la loyauté commerciale permet de considérer comme des éléments nécessaires du contrat et qu'un simple espoir fondé sur des attentes spéculatives ne suffit pas⁸³. La question s'est, à plusieurs reprises, posée en rapport avec l'éventuelle annulation d'une vente immobilière en raison de l'absence d'autorisation de construire accordée à l'acheteur. Le Tribunal fédéral⁸⁴ a ainsi admis l'invalidation de la vente d'une parcelle de pré en vue de la construction d'une maison de vacances, pour le motif que le terrain avait fait l'objet d'une interdiction absolue de construire deux ans après la vente en raison d'un danger d'avalanche. Au moment de la conclusion de contrat, les deux parties étaient convaincues que la parcelle était constructible. L'arrêt retient que, s'il est vrai que la parcelle n'a été frappée d'une interdiction de bâtir qu'après la conclusion du contrat, le motif pour lequel l'interdiction a été prononcée, à savoir le danger d'avalanche, existait déjà avant la conclusion du contrat⁸⁵. Il admet par conséquent que l'annulation du contrat a été valablement déclarée par l'acheteur.

Les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens règlent la question en prévoyant que l'erreur doit porter sur une situation (de fait ou de droit) «existante au moment de la conclusion du contrat»⁸⁶. La formule a pour but de faire la différence entre les situations appelant l'application des règles relatives à l'erreur et celles soumises aux règles de l'inexécution. Selon le Commentaire des Principes d'UNIDROIT:

81 ATF 118 II 297, JdT 1993 I 399.

82 A l'image des fluctuations de la jurisprudence, la doctrine est partagée. Favorables à l'admission de l'erreur sur les faits futurs: CR CO I-SCHMIDLIN, CO 23-24 N. 33 ss; BeK-SCHMIDLIN, CO 23-24 N. 193 ss, 199 ss; SCHWENZER, N. 37.33; ENGEL, p. 328 s. Opposés: GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 794 ss (critiques de l'ATF 118 II 297; N. 798); SCHÖNLE, p. 58 ss.

83 Ces conditions n'étaient pas réalisées dans le cas d'espèce; il s'agissait d'un droit d'achat d'actions, qui devait donner à l'acheteur la majorité du capital actions. Le vendeur avait annulé la vente en faisant valoir que l'acheteur, gérant de la société, s'est révélé incapable de diriger l'entreprise qui avait subi des pertes. L'état de fait invoqué par le vendeur n'était pas suffisamment certain pour remplir les conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO.

84 ATF 98 II 15, JdT 1972 I 547.

85 ATF 98 II 15 consid. 2, JdT 1972 I 547.

86 Art. 3.4 PU, art. 4:103(1) PE. Voir l'analyse comparative de KRAMER (1998), N. 55 ss, et N. 140, sur la distinction entre l'erreur sur les faits futurs et la *clausula rebus sic stantibus*.

«Si une partie a conclu un contrat sur la base d'une fausse croyance quant au contexte factuel ou juridique et a par conséquent mal jugé les perspectives du contrat, les règles sur l'erreur s'appliqueront. Si, d'un autre côté, une partie a une compréhension correcte des circonstances mais commet une erreur de jugement quant aux perspectives et refuse plus tard d'exécuter ses obligations, il s'agit alors plus d'un cas d'inexécution que d'une erreur».⁸⁷

Dans cette optique, il faut s'interroger sur la situation existant au moment de la conclusion du contrat et vérifier si les parties en avaient une compréhension correcte.

La perspective n'est pas la même pour le droit suisse qui, selon E. A. KRAMER, admet plus aisément l'invalidation pour erreur sur les faits futurs⁸⁸. Il n'en reste pas moins que le résultat des deux décisions susmentionnées n'aurait pas été différent selon les instruments internationaux. Le danger d'avalanche existait au moment de la conclusion du contrat, ce que les parties ignoraient, raison pour laquelle elles avaient considéré que la parcelle était constructible alors même qu'une interdiction totale de bâtir a été prononcée plus tard⁸⁹. Elles ont par conséquent conclu le contrat sur la base d'une fausse croyance (absence de danger d'avalanche, donc constructibilité de la parcelle) et ont mal jugé les perspectives du contrat (autorisation de construire), ce qui correspond à une hypothèse à laquelle les règles sur l'erreur s'appliquent⁹⁰. En revanche dans l'autre affaire où l'invalidation a été refusée⁹¹, le vendeur ne pouvait pas savoir au moment de la conclusion du contrat si l'acheteur des actions se révélerait capable de diriger l'entreprise ou non, il ne pouvait que former un espoir à ce sujet. Sa compréhension de la situation était par conséquent correcte au moment de la conclusion du contrat, son erreur étant une erreur de jugement sur les perspectives d'avenir. Dans cette situation, les Principes internationaux, comme le droit suisse, refusent l'annulation du contrat, alors que dans l'hypothèse précédente tous deux admettent l'annulation.

c. *L'erreur de droit*

Lorsque l'erreur consiste dans la méconnaissance d'une situation juridique, la jurisprudence suisse considère qu'il s'agit d'une erreur de droit qui n'est pas essentielle si elle n'affecte que les effets juridiques du contrat conclu⁹².

87 Principes d'UNIDROIT (1994), art. 3.4 Comment. p. 72.

88 KRAMER (1998), N. 57 p. 82.

89 Cf. ATF 98 II 15, JdT 1972 I 547, cité n. 84.

90 Cf. Principes d'UNIDROIT (1994), art. 3.4 Comment. p. 72, cité n. 87.

91 ATF 118 II 297, JdT 1993 I 399, cité n. 81 et n. 83.

92 ATF 118 II 58, JdT 1993 I 154; cf. aussi, ATF 113 II 25 consid. 1, JdT 1987 I 363.

C'est ainsi que n'a pas été considérée comme valablement invalidée la convention mettant fin à un contrat de travail, malgré le fait que la travailleuse — qui était enceinte — n'aurait pas prévu de quitter son emploi environ un mois et demi avant la date prévue pour l'accouchement si elle avait connu son droit à un congé maternité payé après l'accouchement. Selon le Tribunal fédéral, l'erreur ne portait que sur les effets juridiques du contrat, donc n'était pas essentielle⁹³. Le raisonnement est doublement contestable. D'une part, l'erreur ne portait pas sur les effets du contrat mettant fin aux rapports de travail, mais sur les effets du contrat de travail lui-même. D'autre part, on voit mal pourquoi une erreur sur les effets juridiques d'une convention ne serait d'emblée pas essentielle.

Les instruments internationaux apportent ici un éclairage intéressant. Selon ces règles, l'«erreur essentielle de fait ou de droit»⁹⁴ entre en considération sans aucune distinction *a priori*. Une erreur de fait ou de droit est essentielle si elle porte sur un point dont «l'autre partie savait ou aurait dû savoir que la victime, si elle avait connu la vérité, ne se serait pas engagée ou ne l'aurait fait qu'à des conditions *essentiellement* différentes»⁹⁵. Il ne suffit donc pas d'une erreur «substantielle», donc d'un point «dont une personne raisonnable, placée dans la même situation qu'une partie, aurait dû savoir qu'il influencerait le cocontractant quant à sa décision de contracter aux conditions proposées ou de conclure le contrat»⁹⁶. Le test est le même pour l'erreur de droit comme pour l'erreur de fait. Une erreur sur la situation juridique, notamment sur les effets d'un contrat, ne doit pas être d'emblée disqualifiée, car les effets d'un acte juridique sont susceptibles d'entraîner une partie, si elle les connaît, à ne pas s'engager ou à le faire à des conditions essentiellement (fondamentalement) différentes.

Dans le cas particulier, la travailleuse n'aurait pas mis fin conventionnellement au rapport de travail comme elle l'a fait si elle avait connu son droit à un congé maternité payé, erreur que le Tribunal fédéral considère comme non essentielle. Une personne raisonnable n'aurait-elle pas dû savoir que la travailleuse n'aurait pas accepté la fin des rapports de travail pour fin juillet si elle avait su qu'en travaillant jusqu'à l'accouchement, elle obtiendrait un congé maternité payé après celui-ci? Selon la définition des Principes européens et d'UNIDROIT, le caractère essentiel de l'erreur pourrait, à mon avis, être ici admis sous réserve de la durée du congé à laquelle la travailleuse

93 De manière générale, voir BeK-SCHMIDLIN, CO 24 N. 308 ss. Cette décision a été critiquée, notamment par KRAMER (1995), p. 21 ss; voir aussi réf. citées par BaK-SCHWENZER, CO 24 N. 29.

94 Art. 4:103(1) PE, art. 3.4 PU.

95 Art. 4:103(1)(b) PE (mise en évidence ajoutée).

96 Définition de l'art. 1:301(5) PE. Notion semblable à l'art. 3.5(1) PU qui utilise l'adverbe «substantiellement» dans le sens du mot «essentiellement» de l'art. 4:103(1) PE et non du terme «substantiellement» de l'art. 1:301(5) PE (!).

renonçait sans le savoir. Le caractère essentiel de l'erreur ne tient pas au fait que celle-ci porte ou non sur un point de droit, mais sur l'étendue de la renonciation. Au vu de ce qui précède, la règle selon laquelle l'erreur sur les effets juridiques d'un acte n'est jamais essentielle ne paraît pas matériellement justifiée.

2. *Rapports avec les moyens en cas d'inexécution*

On connaît la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral selon laquelle l'acquéreur — par exemple, d'un tableau non authentique — peut à son choix faire valoir une erreur essentielle sur les motifs portant sur l'inauthenticité du tableau et invalider le contrat (art. 23 ss CO) ou se prévaloir de la garantie du vendeur pour défaut d'une qualité attendue, celle de l'authenticité (art. 197 ss CO)⁹⁷. Le concours entre les vices du consentement et la garantie pour les défauts, majoritairement admis, fait l'objet de quelques critiques qui ne parviennent pas à s'imposer à la jurisprudence⁹⁸. Le problème se pose principalement en rapport avec la vente d'un corps certain (tableau authentique). Il surgit également lorsque l'acheteur se trompe sur les caractéristiques de la chose de genre qui fait l'objet de la vente (capacité des machines vendues d'emballer du sel).

Les ordres juridiques se partagent entre partisans du concours, comme le droit suisse, et ceux de l'exclusivité des dispositions sur les défauts, donc l'inexécution⁹⁹. Les premiers invoquent l'argument que les deux moyens ont trait à des problèmes contractuels différents, la formation du contrat d'un côté, son exécution de l'autre, et justifient matériellement leur choix par la nécessité de contourner les dispositions trop sévères sur le délai de dénonciation du défaut et de prescription des droits à garantie. Les seconds font valoir la règle générale *lex specialis derogat generali*¹⁰⁰. En rapport avec l'application de la Convention de Vienne, dont l'art. 4(a) exclut la validité du contrat, les opinions sont également partagées, mais majoritairement en faveur de l'exclusivité du régime de l'inexécution¹⁰¹, à défaut de quoi l'harmonisation du droit de la vente internationale voulue par la Convention serait mise en échec par un retour au droit national sur la question des vices du consentement.

⁹⁷ ATF 127 III 83, SJ 2001 I 301. L'ATF 98 II 15 consid. 3, JdT 1972 I 547, 552, admet qu'il s'agit là d'une «règle de droit coutumier».

⁹⁸ Voir GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 808 et réf. cit. N. 807; SCHWENZER, N. 39.39 ss, 39.41.

⁹⁹ Cf. le tour d'horizon de KRAMER (1998), N. 130 ss; M. WEBER, p. 952 ss.

¹⁰⁰ Voir KRAMER (1998), N. 132, pour le droit allemand et le droit français.

¹⁰¹ CISG KO-SCHWENZER, CVIM 35 N. 45 s., CVIM 41 N. 22 s., CVIM 42 N. 27; HONNOLD, CVIM 35 N. 240.

Il est intéressant de constater, sur ce point, une divergence entre les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens. L'art. 3.7 PU choisit l'exclusivité des moyens fondés sur l'inexécution face à la possibilité d'annuler un contrat pour cause d'erreur, mais laisse subsister le concours avec les autres moyens (dol, contrainte, avantage excessif). La raison invoquée est que les moyens tirés de l'inexécution sont plus adaptés et plus flexibles que la solution radicale de l'annulation du contrat¹⁰². Cette limite aux droits du créancier n'est pas de nature à porter indûment préjudice à ses droits fondés sur les Principes d'UNIDROIT. Le seul moyen soumis à un délai de déchéance est la résolution qui doit être notifiée «dans un délai raisonnable à partir du moment où [le créancier] a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de [...] la non-conformité» (art. 7.3.2(2) PU). Quant à la prescription, elle est la même pour tous les moyens. Sa durée est de trois ans à partir du jour où le créancier a, ou aurait dû avoir, connaissance des faits qui lui permettent d'exercer son droit; le délai absolu est de dix ans dès le jour où le droit peut être exercé (art. 10.2 PU). Les remèdes à l'inexécution ne sont donc pas soumis à des conditions de dénonciation et à des délais stricts comme ceux que connaît le droit suisse¹⁰³. L'exclusivité des moyens de l'inexécution ne nuit par conséquent pas au créancier.

Tout au contraire, l'art. 4:119 PE permet au créancier de recourir au moyen de son choix, en l'absence d'un motif justifiant que l'on prive le créancier de la possibilité de décider du moyen qu'il entend exercer. Libre à lui d'annuler simplement le contrat en invoquant son erreur, nonobstant l'indemnité plus importante qu'il pourrait obtenir sur la base du moyen de l'inexécution¹⁰⁴. Cette motivation me paraît fondamentalement convaincante: pourquoi en effet imposer au créancier la souplesse des moyens dérivés de l'inexécution s'il se satisfait du moyen plus limité de l'annulation?

Sur ce chapitre, on constate que le droit suisse se trouve sur la même ligne que les Principes européens.

III. L'INTERVENTION DU TRIBUNAL DANS LE CONTRAT

La contribution sur *La réception du contrat par le juge*¹⁰⁵ a montré le pouvoir important accordé au juge à tous les stades du raisonnement en matière contractuelle. Je souhaiterais confronter certains des points qui ont été développés aux solutions des instruments internationaux.

¹⁰² Principes d'UNIDROIT (2004), art. 3.7 Comment. N. 1.

¹⁰³ Art. 201 CO (dans un délai aussi bref que possible, immédiatement), art. 210 al. 1 CO (délai de péremption d'une année).

¹⁰⁴ Principes européens I-II, art. 4:119 Comment.

¹⁰⁵ Voir la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage.

A. Annulation partielle

Selon les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens¹⁰⁶, l'annulation partielle du contrat en cas de vices du consentement est la règle, sauf s'il est déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat. «Cela dépend habituellement de la question de savoir si une partie aurait ou non conclu le contrat si elle avait envisagé que les clauses concernées auraient été affectées par la cause d'annulation»¹⁰⁷.

Le Code des obligations suisse prévoit la nullité partielle en cas d'illicéité, d'immoralité ou d'impossibilité de l'objet du contrat, sauf s'il y a lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans les clauses frappées de nullité (art. 20 al. 2 CO). Les instruments internationaux, on l'a vu, soumettent l'annulation partielle au même test. La jurisprudence suisse, qui a étendu la possibilité de l'annulation partielle aux contrats affectés d'un vice de la volonté¹⁰⁸, en particulier d'erreur¹⁰⁹, de crainte fondée¹¹⁰ ou de lésion¹¹¹, a donc opéré un rapprochement complet des deux solutions.

Il est intéressant de noter que, dans le même ordre d'idées, les rédacteurs de contrats internationaux insèrent fréquemment des clauses dites de nullité partielle (ou de divisibilité, *severability clauses*) dans le contrat afin de protéger celui-ci de la nullité prévue par les règles impératives de la loi applicable¹¹².

B. Interprétation du contrat

L'interprétation du contrat et ses deux étapes, celle de l'établissement de la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective, art. 18 al. 1 CO) et celle de l'établissement du sens objectif du contrat (interprétation objective), ont été mentionnées plus haut¹¹³. De même a été rappelé le fait que le résultat de l'interprétation peut s'écarter de la lettre de contrat. Le texte est le point de départ, mais non l'aboutissement du processus interprétatif. Le Tribunal fédéral a mis en lumière récemment ce principe qui résulte en réalité déjà de l'art. 18 al. 1 CO¹¹⁴.

106 Art. 3.16 PU, art. 4:116 PE.

107 Principes d'UNIDROIT (1994), art. 3.16 Comment., p. 90.

108 ATF 96 II 101 consid. 3a, JdT 1971 I 162.

109 ATF 130 II 49 consid. 3, SJ 2004 I 285.

110 ATF 125 III 353 consid. 3, SJ 2000 I 161 (le caractère partiel de la nullité pour crainte fondée ne peut toutefois pas être invoqué par l'auteur de celle-ci).

111 ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586, SJ 1998 537. Voir CHAPPUIS (2004b), p. 55 ss.

112 DE LY, p. 785 ss.

113 Cf. la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage, III.B et C.

114 Cf. la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage, III.C notes 28 à 30. Voir par ailleurs, CHAPPUIS (2002b), p. 15 ss; idem (2002c), p. 155 ss.

Les textes internationaux donnent également la primauté à la commune intention des parties. La recherche de celle-ci constitue la première étape du processus interprétatif. Le contrat étant compris comme une création des parties, leur commune volonté, qu'elle soit expresse ou implicite, bien ou mal exprimée, doit être respectée (art. 4.1(1) PU, art. 5:101(1) PE, art. 8(1) CVIM)¹¹⁵. Pour le même motif, elle prévaut, comme en droit suisse, sur la lettre du contrat¹¹⁶. Lorsque une telle intention ne peut pas être décelée, il convient de passer à l'interprétation objective et de déterminer le sens que donnerait au contrat une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation sur la base de toutes les circonstances pertinentes (art. 4.3 PU, art. 5:102 PE, art. 8(3) CVIM). La parenté de raisonnement est frappante avec le principe du droit suisse, selon lequel il convient «d'interpréter les déclarations faites, telles qu'elles pouvaient et devaient être comprises de bonne foi par leur destinataire en fonction de l'ensemble des circonstances (application du principe de la confiance)»¹¹⁷.

Parmi ces circonstances, il faut notamment tenir compte, d'une part des négociations préliminaires, d'autre part du comportement subséquent des parties¹¹⁸. En droit suisse, les déclarations antérieures au contrat sont prises en considération aussi bien pour déterminer la réelle et commune intention des parties¹¹⁹ que dans le cadre de l'interprétation objective¹²⁰. Selon le Tribunal fédéral, le comportement postérieur des parties relève uniquement de l'interprétation subjective¹²¹. En revanche, les instruments internationaux ne font pas cette différence et se réfèrent à la même liste de circonstances pour les deux types d'interprétation.

Les règles d'interprétation découlant des instruments internationaux font obstacle à certaines règles internes comme la *Parol Evidence Rule* qui exclut que soit apportée la preuve d'un fait entrant en contradiction avec le document écrit qui contient l'accord des parties¹²². S'agissant de la Convention de Vienne, l'art. 8 al. 3 CVIM prescrit de tenir compte des circonstances pertinentes, en particulier des négociations et du comportement ultérieur des parties, de telle sorte qu'aucune règle interne ne peut limiter l'apport des

¹¹⁵ Principes d'UNIDROIT (1994), art. 4.1 Comment. N. 1; Principes européens I-II, art. 5:101 Comment B.; pour la CVIM, cf. FERRARI, p. 176 ss.

¹¹⁶ Principes européens I-II, art. 5:101 Comment B. p. 288.

¹¹⁷ ATF 126 III 59, 68 consid. 5a.

¹¹⁸ Art. 4.3(a)(c) PU, art. 5:102(a)(b) PE, art. 8(3) CVIM

¹¹⁹ Cf. la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage, III.B.

¹²⁰ Cf. idem, III.C.

¹²¹ Cf. idem, III.C, notes 16 et 27. Certains auteurs ne s'arrêtent pas à cette distinction et fondent aussi l'interprétation selon le principe de la confiance sur le comportement postérieur des parties: SCHWENZER, N. 33.05; KOLLER, N. 569.

¹²² FARNSWORTH, § 7.2 ss; TREITEL, p. 175 et réf. cit. n. 12.

preuves nécessaires à l'interprétation du contrat¹²³. La situation correspond à celle du droit suisse.

C. Complètement du contrat

Le pouvoir du juge suisse de combler une lacune du contrat relève de l'évidence. Les conditions et l'exercice de ce pouvoir ont déjà été exposés¹²⁴ et seront confrontés aux règles des Principes d'UNIDROIT, d'une part, des Principes européens, de l'autre.

L'omission — qui correspond à la lacune du droit suisse — est définie dans la dernière disposition du Chapitre 4 des Principes d'UNIDROIT comme l'absence d'une clause importante pour la détermination des droits et obligations des parties (art. 4.8(1) PU). Une telle omission survient lorsque les parties ont préféré ne pas régler une question ou n'y ont même pas pensé¹²⁵. Les Principes d'UNIDROIT admettent qu'«on y supplée par une clause appropriée» (art. 4.8(1) PU).

Le Chapitre 4 traite essentiellement de l'interprétation — c'est d'ailleurs son titre — qui vise à déterminer le sens d'une clause ambiguë. L'interprétation et le complètement du contrat par une clause appropriée constituent des démarches voisines qui ne sont pas toujours distinguées. La frontière entre l'interprétation d'une clause ambiguë et le fait de suppléer à une clause manquante peut, il est vrai, apparaître tenue dans certains cas. La systématique des Principes d'UNIDROIT est significative à cet égard. Le Commentaire de l'art. 4.8 PU distingue l'interprétation «au sens strict» d'un «autre point», celui de savoir comment suppléer à une omission¹²⁶. Ce nonobstant, cette disposition est placée sous le titre «Interprétation».

Par ailleurs, le Chapitre 5 des Principes d'UNIDROIT, consacré au «Contenu», pose des règles permettant de déterminer des clauses implicites (art. 5.2 PU). Les critères permettant de suppléer à une clause omise¹²⁷ sont très proches de ceux dont une obligation implicite peut être déduite¹²⁸. La seule différence tient à l'intention des parties qui n'est utile qu'au complètement du contrat, alors que les pratiques entre les parties et les usages ne le sont que pour reconnaître une obligation implicite. L'approche semble plus subjective lorsqu'on supplée à une omission, plus objective pour découvrir

¹²³ Cf. FERRARI, p. 186 ss; HONNOLD, CVIM 8 N. 110.

¹²⁴ Voir la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage, IV. Cf. également, CHAPPUIS (2004b), p. 65 ss.

¹²⁵ Principes d'UNIDROIT (1994), art. 4.8 Comment. N. 1. Cf. Principes européens I-II, art. 6:102 Comment. A. p. 303. Sur l'ensemble de la question, cf. CHAPPUIS (2004b), p. 64 ss.

¹²⁶ Principes d'UNIDROIT (1994), Comment. N. 1 ad art. 4.8 PU, p. 103.

¹²⁷ Art. 4.8(2) PU: intention des parties, nature et but du contrat, bonne foi, ce qui est raisonnable.

¹²⁸ Art. 5.1.2 PU: nature et but du contrat, bonne foi, pratiques établies entre les parties et usages, ce qui est raisonnable.

des obligations implicites. Le Commentaire sur le rapport entre les art. 4.8 et 5.2 PU semble indiquer que la découverte d'obligations implicites relève de l'interprétation, celle-ci englobant le complètement du contrat¹²⁹.

Les Principes européens, quant à eux, renoncent à la distinction entre interprétation et complètement. Ils ne contiennent en effet aucune disposition qui, comme l'art. 4.8 PU, permettrait expressément de suppléer à une clause omise. En revanche, l'art. 6:102 PE¹³⁰, qui a trait aux obligations implicites, a notamment pour but, selon le commentaire¹³¹, de combler les lacunes du contrat. Il combine par conséquent les art. 4.8 et 5.2 PU et réunit explicitement en une seule démarche l'interprétation et le complètement du contrat. La différence d'approche reflète certainement les diverses manières dont chaque système juridique appréhende le problème¹³². Elle met aussi en lumière la difficulté, à laquelle n'échappe pas le juriste suisse, de distinguer en pratique les deux étapes du raisonnement tant le passage de l'interprétation d'une clause existante au comblement d'une clause manquante est graduel¹³³.

D. Correction du contrat

La correction ou adaptation du contrat en cas d'imprévision, possible dans des cas exceptionnels en droit suisse sur la base de la *clausula rebus sic stantibus*¹³⁴, dont le fondement est d'ailleurs discuté, reçoit une réglementation générale sous la dénomination de *hardship* dans les Principes d'UNIDROIT (art. 6.2.1-6.2.3 PU) et les Principes européens (art. 6:111 PE). La différence essentielle avec le droit suisse consiste dans la phase préalable de négociation prévue par les instruments internationaux¹³⁵. La possibilité pour le tribunal de mettre fin au contrat ou de l'adapter n'est, en effet, donnée qu'après l'échec de la renégociation. Cette préférence donnée à une solution négociée, résultant d'ailleurs de la pratique contractuelle, paraît difficile à développer sur la base purement jurisprudentielle suisse.

¹²⁹ Principes d'UNIDROIT (1994), Comment. ad art. 5.1 PU: «Puisque les règles relatives à l'interprétation (Chapitre 4) prévoient des critères pour combler les lacunes (à côté de critères pour résoudre les ambiguïtés), ces règles peuvent aider à déterminer le contenu exact du contrat et par conséquent à établir les clauses qu'il faut considérer comme implicites». Cf. également, BONELL, p. 144 s. n. 95.

¹³⁰ Correspondant à l'art. 5.1.2 PU.

¹³¹ Principes européens I-II, art. 6:102 PE Comment A. et Note 1.

¹³² Ibid.

¹³³ BaK-MEGAND, CO 18 N. 59 et réf. cit.; KOLLER, N. 559 et réf. cit. n. 244.

¹³⁴ Voir la contribution de B. CORBOZ dans le présent ouvrage, V.E. Exemple récent: ATF 127 III 300 consid. 5b, JdT 2001 I 239, SJ 2002 I 1. Pour une comparaison entre les réglementations, cf. CHAPPUIS (2004b), p. 57 ss.

¹³⁵ Une étape de renégociation est fréquemment prévue par les contrats internationaux: FONTAINE / DE LY, p. 513 ss.

Les Principes d'UNIDROIT et européens¹³⁶ ouvrent également la porte à l'adaptation du contrat en lieu et place d'une annulation pour avantages excessifs, à la demande de l'une ou de l'autre partie. En droit suisse, l'admission de la nullité partielle en cas de lésion ouvre la voie à une réécriture du contrat dans la mesure où une clause est annulée, qui est essentielle au bon fonctionnement de la relation contractuelle¹³⁷. Il en va de même, de manière plus générale, en cas de nullité partielle selon l'art. 20 al. 2 CO: le Tribunal fédéral, ayant annulé la clause de durée figurant dans un contrat de distribution exclusive, a été amené à reformuler une clause de durée admissible quant aux terme et délai de résiliation¹³⁸.

En conclusion, on retiendra que le large pouvoir d'intervention dans le contrat accordé au tribunal par les instruments internationaux est également reconnu au juge par le droit suisse.

IV. LES MOYENS EN CAS D'INEXÉCUTION

Après une brève appréciation du système général de l'inexécution mis en place par les instruments internationaux en comparaison avec le droit suisse, j'examinerai la problématique de l'inexécution anticipée, spécifiquement réglée par les instruments internationaux contrairement au droit suisse.

A. De l'inexécution par le débiteur aux moyens du créancier

C'est au chapitre de l'inexécution que les dispositions du droit suisse divergent sans doute le plus nettement des instruments internationaux¹³⁹. Ceux-ci connaissent un régime centré sur les moyens à disposition du créancier, alors que le droit suisse se fonde sur les causes de l'inexécution.

Les règles suisses supposent que l'on s'interroge tout d'abord sur le type d'inexécution dont il s'agit pour déterminer le fondement de la prétention du créancier. S'agit-il d'un problème de retard, il y a lieu d'appliquer les art. 102 ss CO. Le créancier aura alors le choix de réclamer l'exécution et les dommages-intérêts pour cause de retard (art. 107 al. 1 CO), de renoncer à l'exécution et d'obtenir la réparation du dommage résultant de l'inexécution (art. 107 al. 2 CO) ou encore de résoudre le contrat et demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (art. 107 al. 2 et 109 CO). Le débiteur s'est-il exécuté, mais mal, il répond selon la règle générale de

¹³⁶ Art. 3.10(2-3) PU, art. 4:109(2-3) PE.

¹³⁷ P. ex., ATF 123 III 292, JdT 1997 I 586, SJ 1998 537.

¹³⁸ ATF 107 II 216, JdT 1982 I 66. Sur la notion de *modifizierte Teilnichtigkeit*, cf. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 702 ss.

¹³⁹ Renvoi global est fait à la contribution de Gilles PETTIERRE dans le présent ouvrage. Voir aussi, WERRO / BELSER, p. 538 ss.

l'art. 97 al. 1 CO, à moins que la chose vendue ne soit défectueuse, auquel cas les moyens des art. 205 ss CO, notamment celui de la résolution, viennent compléter l'art. 97 al. 1 CO; s'il s'agit d'un ouvrage défectueux, les moyens prévus par l'art. 368 CO s'appliquent à l'exclusion de l'art. 97 al. 1 CO. L'exécution est-elle devenue objectivement impossible, le débiteur non fautif est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO¹⁴⁰, alors que le débiteur fautif reste tenu de réparer le dommage résultant de l'inexécution (art. 97 al. 1 CO). L'exécution a-t-elle toujours été objectivement impossible, le contrat est nul *ab initio* en vertu de l'art. 20 al. 1 CO¹⁴¹.

Ce système centré sur les causes de l'inexécution repose sur de délicates délimitations entre les nuances de l'impossibilité (subjective ou objective)¹⁴² ou entre la livraison d'une chose de genre défectueuse, *pejus*, soumise à la garantie du vendeur, et la livraison d'un *aliud*, traitée comme une absence totale d'exécution, donc un cas de demeure¹⁴³. Il conduit à des débats délicats autour de la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*)¹⁴⁴, qui n'est en réalité qu'un cas de violation d'obligations résultant du contrat soumise à l'art. 97 al. 1 CO¹⁴⁵.

Il faut relever en outre la pauvreté du droit suisse pour ce qui est des conséquences de l'inexécution, la règle fondamentale de l'art. 97 al. 1 CO ne prévoyant que la réparation du dommage. Le moyen de la résolution n'est prévu que comme conséquence du retard (art. 109 CO) ou dans les cas de garantie (art. 208, 259b lit. a, 368 al. 1 CO). La distinction entre l'intérêt négatif couplé avec la résolution du contrat (art. 109 al. 1 CO) et l'intérêt positif en cas de maintien du contrat (art. 97 al. 1, 107 al. 2 2^e hypothèse CO) a obscurci la doctrine pendant des années¹⁴⁶ et tient mal compte des intérêts du créancier.

Plus harmonieux est un système centré sur «tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat» (art. 7.1.1 PU)¹⁴⁷, manquement ou contravention qui est sanctionné par différents droits: le droit à l'exécution, y compris la réparation et le remplacement

140 Le créancier de la prestation devenue impossible est lui aussi libéré (art. 119 al. 2 CO), sauf si la loi ou le contrat prévoit une exception à ce régime (art. 119 al. 3 et, par exemple, art. 185 CO en matière de vente).

141 Cf. *supra* II.A.

142 Cf. GAUCH / SCHLUEP / REY, N. 2619 ss.

143 Pour une illustration de la difficulté: ATF 121 III 453, JdT 1997 I 199. BaK-HONSELL, CO 206 N. 2 s.; critique, KRAMER (2002); *idem* (1997).

144 Cf. GAUCH / SCHLUEP / REY, N. 2524 ss.

145 Cf. CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N. 19-20.

146 Voir la critique de l'art. 109 CO à laquelle procède G. PETITPIERRE dans le présent ouvrage. Sur l'art. 208 al. 2 et 3 CO, cf. CR CO I-VENTURI, CO 208 N. 8 ss; BaK-HONSELL, CO 208 N. 8 s.

147 Cf. art. 8:101 PE, art. 45 et 61 CVIM.

(art. 7.2.2 ss PU)¹⁴⁸, le droit à la résolution (art. 7.3.1 ss PU)¹⁴⁹ et aux «dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans ces Principes» (art. 7.4.1 PU)¹⁵⁰¹⁵¹. Les Principes européens (art. 9:401 PE) et la Convention de Vienne (art. 50 CVIM) ajoutent un moyen supplémentaire, celui de la réduction du prix.

Cette tendance moderne est fondée sur une notion unique de contravention ou de manquement au contrat, assortie d'un ensemble de moyens, dont certains peuvent être soumis à des conditions supplémentaires¹⁵². Elle me paraît clairement préférable à l'«approche atomistique et casuistique des perturbations à l'exécution des obligations»¹⁵³ adoptée par le CO. La divergence avec le droit suisse sur cette question est regrettable.

Ce constat repose sur une critique certes de nature plus académique que pratique. Il n'est, en effet, pas certain que les solutions concrètement apportées à des litiges particuliers soient pour autant insatisfaisantes. Ainsi, les cas de contrats dont la nullité pour impossibilité d'exécution est reconnue ne sont pas légion, notamment en raison de l'interprétation restrictive donnée à cette notion¹⁵⁴. Par ailleurs, la doctrine propose de combler l'insuffisance de l'art. 97 al. 1 CO en admettant par analogie la possibilité de résoudre le contrat (art. 107 al. 2 et 109 CO) — sans être, il est vrai, encore suivie par la jurisprudence¹⁵⁵. De plus, l'une des particularités du système suisse est que la responsabilité du débiteur est soumise à la faute de celui-ci selon l'art. 97 al. 1 CO. La différence est cependant plus théorique que réelle. La faute contractuelle étant présumée, c'est au débiteur d'apporter la preuve que l'inexécution ne lui est pas imputable; lorsque l'inexécution est le fait d'un auxiliaire, l'art. 101 CO ne laisse qu'une place limitée à la preuve que le débiteur, s'il avait agi à la place de l'auxiliaire, n'aurait pas été en faute

148 Droit à l'exécution: art. 9:101 ss PE, art. 46 et 62 CVIM.

149 Résolution du contrat: art. 9:301 ss PE, art. 49 et 64 CVIM.

150 Causes d'exonération: force majeure (art. 7.1.7 PU) ou clause exonératoire (art. 7.1.6 PU); art. 8:101(2) et (3), art. 8:108 PE; art. 79 CVIM.

151 Dommages et intérêts: art. 8:501 ss PE, art. 74 ss CVIM.

152 La diminution du prix prévue par l'art. 50 CVIM est soumise à la condition d'un défaut de conformité au sens des art. 35 ss CVIM, notion définie de manière large par l'art. 35 al. 1 CVIM comme englobant aussi bien la livraison de ce que le droit suisse nomme *pejus* que celle d'un *aliud*; la résolution n'est ouverte qu'en cas de contravention essentielle ou de défaut de livraison dans un certain délai (art. 49(1)(a) et 25 CVIM, art. 49(1)(b)).

153 CR CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 2 ss.

154 Les exemples mentionnés par les auteurs sont peu nombreux et concernent souvent l'impossibilité dite juridique, dont la distinction avec l'hypothèse de l'illicéité également visée par l'art. 20 CO est délicate: CR CO I-GUILLOD / STEFFEN, CO 19 et 20 N. 76; voir aussi, KRAMER / PROBST, p. 137 ss; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID, N. 631 ss; SCHWENZER, N. 64.04.

155 CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N. 63 ss et réf. cit. n. 116; BaK-WIEGAND, Eirt. zu Art. 97-109 N. 3, CO 97 N. 58.

non plus¹⁵⁶. On constate que la preuve libératoire échoue le plus souvent, si même elle est invoquée¹⁵⁷, ce qui rapproche, dans les faits, des systèmes différents en droit. Si elle est indéniable, la divergence signalée ici ne se traduit pas par des solutions inadéquates en droit suisse.

B. Inexécution anticipée

Les instruments internationaux prévoient une réglementation générale de l'hypothèse dans laquelle, avant l'échéance, il apparaît d'ores et déjà qu'il y aura inexécution essentielle de la part du débiteur¹⁵⁸. Pour autant qu'il soit manifeste que la partie en cause ne s'exécutera pas et que cette inexécution est essentielle, l'idée est de permettre à l'autre partie de notifier la résolution sans devoir attendre l'échéance. Il est admis qu'il y a inexécution anticipée lorsqu'une partie déclare, avant l'échéance, qu'elle ne s'exécutera pas¹⁵⁹.

Le droit suisse ne connaît pas de réglementation générale de ce cas de figure. En revanche, il règle trois cas dans lesquels il accorde des droits anticipés au créancier, deux dans la partie générale et l'un dans la partie spéciale du Code des obligations.

1. — L'art. 83 CO, applicable aux contrats bilatéraux, protège le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, situation dans laquelle il arrive fréquemment que l'exécution n'intervienne pas du tout; cette disposition permet au créancier d'obtenir des garanties de l'exécution et, si ces garanties ne sont pas fournies, de mettre fin au contrat. L'art. 7.3.4 PU¹⁶⁰, qui prévoit une possibilité semblable, s'applique en dehors de la seule hypothèse de l'insolvabilité d'une partie. De manière plus générale, l'insolvabilité du débiteur est une cause importante d'une inexécution prévisible. Un aspect important de la question est donc pris en charge par la partie générale du Code des obligations suisse.

2. — La situation dans laquelle le débiteur déclare avant l'échéance qu'il ne s'exécutera pas est également réglée par le Code des obligations suisse, quoique de manière indirecte. L'application des règles de la demeure (art. 102 ss CO) suppose en principe que l'obligation soit exigible. La jurisprudence et la doctrine admettent toutefois, en application par analogie de l'art. 108 ch. 1 CO, que «le débiteur qui déclare ou dont l'attitude manifeste sans ambiguïté qu'il ne veut pas ou n'est pas en mesure de

156 CR CO I-THÉVENOZ, CO 101 N. 26.

157 Idem, CO 97 N. 58.

158 Art. 7.3.3 et 7.3.4 PU, art. 9:304 PE, art. 71 ss, 72 CVM.

159 Principes d'UNIDROIT (1994), art. 7.3.3 Comment., p. 195.

160 L'art. 9:304 PE prévoit uniquement la possibilité de résoudre le contrat.

s'exécuter» tombe en demeure au sens des art. 102 ss CO¹⁶¹. Cela permet au créancier, sans avoir à fixer un quelconque délai¹⁶², d'exercer le choix prévu à l'art. 107 al. 2 CO, en particulier celui de renoncer à l'exécution et de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution ou de mettre fin au contrat et de réclamer la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (art. 109 al. 1 CO). Un second cas important d'inexécution anticipée est donc également réglé par la partie générale du Code des obligations suisse.

3. — S'agissant du contrat d'entreprise, l'art. 366 CO prévoit des règles particulières sur l'inexécution anticipée de l'ouvrage par l'entrepreneur. Il vise deux hypothèses, celle du retard dans l'achèvement des travaux et celle de l'exécution défectueuse ou contraire au contrat, intervenant dans les deux cas avant l'époque fixée pour l'achèvement des travaux. En principe, le maître d'ouvrage devrait attendre l'échéance afin d'exercer ses droits pour cause de retard (art. 102 ss CO) ou ses droits à la garantie (art. 367 ss CO). En cas de retard prévisible, le Code des obligations suisse accorde au maître le droit de mettre fin au contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison (art. 366 al. 1 CO). De même, en cas de défaut ou d'exécution contraire au contrat prévisibles, le maître a le droit, après une vaine fixation de délai, de confier les travaux à un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur (art. 366 al. 2 CO). La jurisprudence¹⁶³ a étendu les droits conférés au maître par cette disposition de deux manières. Tout d'abord, le maître d'ouvrage a la possibilité d'imposer à l'entrepreneur l'avance des frais de l'exécution par un tiers. Ensuite, le maître n'est pas limité à l'exécution par substitution; il dispose également de manière générale des possibilités offertes par l'art. 107 al. 2 CO, soit de renoncer à la réparation par l'entrepreneur et d'obtenir des dommages-intérêts pour inexécution, soit de mettre fin au contrat.

Sans connaître une réglementation générale de l'inexécution anticipée, le droit suisse prévoit des droits anticipés dans certaines situations déterminées: en cas d'insolvabilité du débiteur dans le cadre d'un contrat synallagmatique, en cas de volonté manifestée par le débiteur de ne pas s'exécuter et dans le cadre du contrat d'entreprise. La divergence existe, mais elle est partiellement palliée.

161 Tribunal fédéral, SJ 1995 357; ATF 110 II 141 consid. 1b. CR CO I-THÉVENOZ, CO 102 N. 31 et réf. cit.; WERRO / BELSER, p. 544.

162 En vertu de l'art. 108 ch. 1 CO appliqué directement.

163 ATF 126 III 230; 128 III 416.

CONCLUSIONS

La première impression qui se dégage de ce tour d'horizon comparatif est celle d'une compatibilité fondamentale du droit suisse avec les standards internationaux. Cette impression se confirme lorsque l'on examine de plus près quelques solutions apportées à des problèmes contractuels soit par le texte légal soit par la jurisprudence suisses. Les rares divergences ont trait à des solutions reposant pour la plupart sur la loi, alors que les nombreuses convergences sont souvent le fait de règles d'origine jurisprudentielle.

L'écart le plus important, tout d'abord, concerne les moyens en cas d'inexécution, qui résultent des art. 97 ss, 102 ss et 119 CO, auxquels il faut ajouter l'art. 20 CO pour ce qui est de l'impossibilité d'exécution¹⁶⁴. Gilles PETITPIERRE a démontré comment on pouvait réduire cet écart sur la base d'une interprétation, au besoin audacieuse, des textes légaux¹⁶⁵. En second lieu, la possibilité, en droit suisse, d'annuler un contrat pour erreur essentielle malgré le caractère inexcusable de cette erreur¹⁶⁶ se fonde sur l'art. 26 CO. La divergence avec les instruments internationaux paraît irréductible, mais somme toute de moindre importance. Elle place le droit suisse dans l'un des deux camps qui séparent les différentes traditions juridiques. Pour terminer, le traitement de l'erreur de droit, non invocable lorsqu'elle porte uniquement sur les effets juridiques d'un acte¹⁶⁷, repose sur une jurisprudence dont le caractère malheureux peut être mis en lumière par la confrontation de cette règle avec celle des instruments internationaux.

A mi-chemin entre divergence et convergence, il convient de mentionner le concours alternatif entre les moyens prévus en cas de vices du consentement et en cas d'inexécution¹⁶⁸, la jurisprudence suisse étant, sur ce point, en accord avec les Principes européens, mais en désaccord avec les Principes d'UNIDROIT.

Passons à présent aux convergences, bien plus nombreuses.

- Les règles développées par la jurisprudence en rapport avec la modification de l'acceptation¹⁶⁹, la confirmation écrite¹⁷⁰ et les pouvoirs de représentation¹⁷¹ correspondent à celles des instruments internationaux, sous

¹⁶⁴ Cf. supra II.A et III.A.

¹⁶⁵ Voir la contribution de G. PETITPIERRE dans le présent ouvrage.

¹⁶⁶ Cf. supra II.B.1.

¹⁶⁷ Cf. supra II.B.1.

¹⁶⁸ Cf. supra II.B.2.

¹⁶⁹ Cf. supra II.A.1.

¹⁷⁰ Cf. supra II.A.2.

¹⁷¹ Cf. supra II.B.1: la solution apportée par les instruments internationaux, quoique proche de celle de la jurisprudence suisse, paraît plus équilibrée.

réserve, pour ce dernier point, des conflits d'intérêts en matière de représentation¹⁷².

- La responsabilité précontractuelle¹⁷³, telle que réglée par les Principes internationaux, est soumise à des règles semblables développées par la jurisprudence suisse¹⁷⁴.
- De larges pouvoirs d'intervention dans le contrat sont accordés au juge tant par le droit suisse que par les Principes internationaux: la nullité partielle a été étendue par la jurisprudence au-delà du texte de l'art. 20 al. 2 CO à l'annulation pour vices du consentement¹⁷⁵; le système d'interprétation du contrat, construit à partir de l'art. 18 CO et de l'art. 2 CC, avec un accent sur cette dernière disposition, source des règles de la bonne foi, est le même que celui mis en place par les instruments internationaux; la jurisprudence suisse, tout comme les Principes internationaux, confère au juge le pouvoir de compléter les lacunes du contrat; la correction du contrat en cas d'imprévision, enfin, admise par la jurisprudence suisse et les Principes internationaux, est réglée de manière comparable, sauf en ce qui concerne la phase préalable de la renégociation exigée par ces derniers.
- En ce qui concerne l'inexécution anticipée¹⁷⁶, la convergence (partielle) est le résultat des textes légaux (art. 83 et 366 CO), avec un appui de la jurisprudence en ce qui concerne la manifestation par le débiteur, avant l'échéance, de sa volonté de ne pas s'exécuter (art. 108 CO par analogie).

Il est intéressant de s'interroger sur les outils utilisés par le constructeur du droit qu'est le juge à la recherche de solutions adéquates à un problème contractuel. L'outil premier et par excellence devrait être la loi. On a toutefois constaté dans la présente étude que le texte légal fournit parfois une réponse (art. 20, art. 26, art. 33, art. 83, etc. CO), mais que, souvent, il ne suffit pas. C'est la jurisprudence qui forge les règles idoines — dont l'harmonie avec les standards internationaux est frappante — en s'appuyant, certes, sur le texte légal dont la texture ouverte appelle l'application par analogie (par exemple, art. 6, art. 20 al. 2 CO, art. 108 CO, art. 366 CO), mais également en se référant fréquemment aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). On observe que le recours à ces règles, dont la souplesse est l'atout majeur, constitue l'outil de base du juge en matière contractuelle. La convergence fondamentale constatée ici apparaît par conséquent davantage comme résultant de la jurisprudence que de la loi.

172 Cf. supra II.B.2.

173 Cf. supra II.C.

174 A quoi s'ajoute l'art. 423 CO, pour ce qui est de restitution du gain suite à une violation du devoir de confidentialité.

175 Cf. supra III.A.

176 Cf. supra IV.B.

BIBLIOGRAPHIE

- BAUMANN Max, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung* (art. 1-7 CC), Zurich 1998 (cité: ZK-BAUMANN)
- BONELL Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law*, 2^e éd., Irvington-on-Hudson (Transnational Publishers) 1997
- BÜHLER Michael, «Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux», *Revue de droit des affaires internationales* 2002, p. 359-387
- CHAPPUIS Christine, «La restitution des profits illégitimes, Le retour», in Anne Héritier Lachat / Laurent Hirsch (édit.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 341-348 (cité: 2004a)
- CHAPPUIS Christine, «L'intervention du tribunal dans le contrat – Convergence entre les Principes Unidroit et le droit suisse», in *Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Paris 2004, p. 53-72 (cité: 2004b)
- CHAPPUIS Christine, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-CHAPPUIS)
- CHAPPUIS Christine, «La remise du gain: les temps sont mûrs», in Franz Werro (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Berne 2002, p. 51-113 (cité: 2002a)
- CHAPPUIS Christine, «Le texte clair du contrat», in *Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, etc. 2002, p. 3-22 (cité: 2002b)
- CHAPPUIS Christine, «Note à propos des ATF 127 III 318 et 127 III 444: L'interprétation d'un texte clair», *SJ* 2002 I 155-158 (cité: 2002c)
- CHAPPUIS Christine, «Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe», *PJA* 1997, p. 689-702
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Part III*, La Haye, etc. (Kluwer) 2003 (cité: Principes européens III)
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, La Haye, etc. (Kluwer) 2000 (cité: Principes européens I-II)
- DE LY Filip, «Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux», in *Revue de droit des affaires internationales* 2000, p. 719-812

- DONATIELLO Giuseppe, «Retard et défaut de paiement: unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations», in Bénédicte Foëx (dir.), *La défaillance de paiement*, Enseignement de 3^e cycle de droit, Fribourg 2002, p. 21 ss
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997
- FARNSWORTH E. Allan, *Contracts*, 3^e éd., New York (Aspen) 1999
- FERRARI Franco, in Franco Ferrari / Harry Flechtner / Ronald A. Brand (édit.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U. N. Sales Convention*, Munich (Sellier) 2004
- FONTAINE Marcel / DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Paris (Forum Européen de la Communication), 2^e éd., Paris 2003
- GAUCH Peter, «Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens», RSDA 1991, p. 177-188
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / REY Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I et II, 8^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2003 (vol. I, cité: GAUCH / SCHLUEP / SCHMID; vol. II, cité: GAUCH / SCHLUEP / REY)
- GUILLOD Olivier / STEFFEN Gabrielle, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-GUILLOD / STEFFEN)
- HÉRITIER LACHAT Anne, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-HÉRITIER LACHAT)
- HONDIUS Ewoud H., *Pre-contractual Liability*, Reports to the XIIth Congress of the International Academy of Comparative Law (1991)
- HONNOLD John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3^e éd., Deventer, Boston (Kluwer) 1999
- HONSELL Heinrich, in Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (art. 1-529 CO)*, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: BaK-HONSELL)
- INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Unidroit, Paris 1994 (cité: 1994)
Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Rome 2004 (cité: 2004)

- ISLER Peter R., «Letter of Intent», in *Mergers & Acquisitions VI*, Europa Institut Zürich, Zurich, etc. 2004, p. 1-31
- JÄGGI Peter, in Wilhelm Schönenberger / Peter Jäggi (édit.), *Obligationenrecht (Art. 1-17 OR)*, Zürcher Kommentar, Zurich 1973 (cité: ZK-JÄGGI)
- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, Berne 1996
- KRAMER Ernst A., «Abschied von der aliud-Lieferung?», in *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell*, Zurich etc. 2002, p. 247-260
- KRAMER Ernst A., «Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme», *Publications de l'Institut suisse de droit comparé* (32), Zurich 1998
- KRAMER Ernst A., «Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf», *recht* 1997, p. 78-83
- KRAMER Ernst A., «Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss», *BJM* 1995, p. 1-24
- KRAMER Ernst A., «Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben und rechtsgeschäftlicher Vertrauensgrundsatz», *recht* 1990, p. 99-106
- KRAMER Ernst A., in Ernst A. Kramer / Bruno Schmidlin (édit.), *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986 (cité: BeK-KRAMER)
- KRAMER Ernst A. / PROBST Thomas, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, etc. 2003
- MATHYS Hans Beat, *Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen*, thèse Zurich 1997
- SCHLECHTRIEM Peter, in Peter Schlechtriem / Ingeborg Schwenzer (édit.), *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 4^e éd.*, Munich (Beck) 2004 (cité: CISG KO-SCHLECHTRIEM)
- SCHMID Jörg, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (art. 419-424 CO)*, Zurich 1993 (cité: ZK-SCHMID)
- SCHMIDLIN Bruno, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-SCHMIDLIN)

- SCHMIDLIN Bruno, in Ernst A. Kramer / Bruno Schmidlin (édit.), *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986 (cité: BeK-SCHMIDLIN)
- SCHMIDT Karsten, «Die Praxis zum sog. kaufmännischen Bestätigungsschreiben: ein Zankapfel der Vertragsrechtsdogmatik», in *Festschrift für Heinrich Honsell*, Zurich 2002, p. 99-118
- SCHÖNLE Herbert, «L'imprévision des faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations» (1982), in *Droit des obligations et droit bancaire, Etudes*, Bâle, etc. 1995, p. 51-76
- SCHWENZER Ingeborg, in Peter Schlechtriem / Ingeborg Schwenzler (édit.), *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG*, 4^e éd., Munich (Beck) 2004 (cité: CISG KO-SCHWENZER)
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2003
- SCHWENZER Ingeborg, in Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: BaK-SCHWENZER)
- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 2^e éd., Zurich 1999
- THÉVENOZ Luc, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-THÉVENOZ)
- THÉVENOZ Luc, «La rétroactivité des effets du contrat entre absents et le transfert des risques», SJ 1983 481-490
- TREITEL Guenter H., *The Law of Contract*, 10^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 1999
- VENTURI Silvio, in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO, LCC, LVF), Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-VENTURI)
- WATTER Rolf, in Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: BaK-WATTER)
- WEBER Marc, «Der internationale Kauf gefälschter Kunstwerke», PJA 2004 p. 947-957

- WEBER Rolf H., in Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: BaK-WEBER)
- WERRO Franz / BELSER Eva Maria, «Die Unidroit Grundregeln der internationalen Handelsverträge, Eine Würdigung aus schweizerischer Sicht», in *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé (34), Zurich 1998, p. 511-566
- WIEGAND Wolfgang, in Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: BaK-WIEGAND)
- ZÄCH Roger, *Berner Kommentar, Stellvertretung (Art. 32-40 OR)*, Berne 1990
-