

**L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE
RECENTE EN MATIERE DE CONTRATS
DE VENTE (1994-2004)**

par

SYLVAIN MARCHAND

Professeur à l'Université de Neuchâtel

I. INTRODUCTION

L'un des charmes du contrat de vente est d'être à la fois imprégné de tradition latine et enrichi des derniers développements du droit uniforme international. Un magnifique arrêt de principe de 2002 a ainsi permis au Tribunal fédéral de dissertar sur le principe *Periculum est emptoris*, codifié par Justinien et défendu, contre la jurisprudence humaniste, par les pandectistes¹. Parallèlement, la jurisprudence suisse se joint à la jurisprudence mondiale dans son interprétation de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises². Les deux approches sont d'ailleurs loin d'être contradictoires, la tradition romaine étant elle-même universaliste³.

L'attachement aux sources romaines et l'ouverture sur le monde sont les bottes de sept lieues de la jurisprudence suisse en matière de contrats de vente. Qu'il nous soit permis de les emprunter à notre tour, pour survoler une dizaine d'années de cette jurisprudence.

II. JURISPRUDENCE RELATIVE A LA DEFINITION DU CONTRAT DE VENTE, ET A LA DISTINCTION AVEC D'AUTRES CONTRATS

Enjeux de la distinction avec le contrat d'entreprise. De nombreux arrêts récents traitent de la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente. Même si le régime juridique des deux contrats est proche, notamment en cas de défaut de la chose ou de l'ouvrage, cette distinction peut avoir des effets importants en termes de droit à la réparation, de prescription des actions édiliciennes, et de moment du transfert des risques. L'enjeu de la distinction peut également être l'application des normes SIA⁴.

¹ ATF 128 III 370 = JdT 2003 I 27 ; *infra*, ch. IV.

² *Infra* ch. IX.

³ Le *jus gentium* romain, par opposition au *jus civile*, était défini comme « le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes ». Il « est observé de la même manière par tous les peuples et s'appelle droit universel, droit dont toutes les nations font usage » (Gaius, Institutions 1, 1 (D.1.1.9) cité par Bruno SCHMIDLIN / Carlo Augusto CANNATA, Droit privé romain, Lausanne 1984, Tome I Chapitre I I.

⁴ SGGVP 1996 p. 46.

Droit contractuel à la réparation. Le fait que les parties aient prévu un droit contractuel à la réparation n'exclut pas la qualification de vente⁵. Certes, le droit à la réparation existe de par la loi en cas de contrat d'entreprise, et n'est pas prévu dans les règles dispositives applicables au contrat de vente. Il s'agit cependant d'une conséquence, et non d'un critère, de la qualification. Dans de nombreux contrats de vente, les parties prévoient un droit contractuel à la réparation. Ce point est d'ailleurs confirmé par le fait que le droit à la réparation est prévu dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise⁶.

Rapport unique ou rapport d'obligation durable. Selon le Tribunal fédéral, la qualification d'un contrat de livraison d'un système informatique « *clef en main* », dépend de la nature de la relation nouée entre les parties: si cette relation se rapproche d'un rapport unique d'échange, il s'agit d'un contrat de vente, s'il s'agit d'un rapport d'obligation durable, les règles sur les contrats d'entreprise sont plus appropriées⁷. Il est surprenant que dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne se soit pas référé au critère traditionnel de la valeur respective des prestations de service et des prestations matérielles⁸. En outre, un contrat de vente peut être un contrat impliquant un rapport de durée entre les parties, notamment dans les contrats de vente à livraisons successives ou à tempérament. Par ailleurs, le paiement unique d'une somme d'argent, retenu par la haute Cour comme une caractéristique du contrat de vente, nous paraît être prévu en pratique dans de nombreux contrats d'entreprises. La qualification n'était pas essentielle dans le cas d'espèce, puisque les parties avaient prévu un droit à la réparation conventionnel. Il serait choquant que dans une autre situation, le client soit privé de son

⁵ ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

⁶ Art. 46 al. 3 CVIM.

⁷ ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

⁸ Voir notamment DC 1997, pp. 124-125 = RVJ 1997 pp. 178-183 : un contrat de livraison d'une piscine avec obligation de montage est un contrat de vente, compte tenu de la valeur prédominante de la fourniture livrée. Egalement DC 1997 p. 125 (pose d'un système d'isolation de façades). En droit uniforme, les critères de distinctions sont posés par l'article 3 CVIM, qui a notamment été appliqué dans les arrêts récents suivants: Handelsgericht du canton de Zurich, 9 juillet 2002, *in*: RSDIE I / 2003, p. 102; Handelsgericht du canton de Zurich, 8 avril 1999, *in*: RSDIE I / 2000, p. 113; Kantonsgericht du canton de Zug, 25 février 1999, *in*: RSDIE I / 2000, p. 114; Obergericht du canton de Lucerne, 8 janvier 1997 *in*: RSDIE I / 1997, p. 134.

droit à la réparation sous prétexte que le système informatique a été installé en une livraison et qu'un paiement unique a été prévu.

Vente d'un terrain en cours de construction. Lorsque le vendeur vend un terrain sur lequel un bâtiment est en cours de construction, il s'agit d'un contrat mixte de vente et d'entreprise. Les défauts affectant le bâtiment sont soumis aux règles sur le contrat d'entreprise, alors que les défauts découlant du terrain sont soumis aux règles sur le contrat de vente. Concernant le bâtiment, le moment du transfert des risques est la livraison de l'ouvrage et non le transfert de propriété du bien-fonds⁹. La présence de deux prestations matériellement distinctes (le transfert de propriété du bien-fonds, et la continuation de la construction du bâtiment) conduit donc à une qualification de contrat mixte, plutôt qu'à une qualification basée sur le caractère prédominant des éléments de l'un ou l'autre des deux contrats.

Contrat de fourniture d'or. Le contrat par lequel une partie fournit de l'or à un artisan, qui travaille la matière et restitue les déchets après travail du métal, n'est pas un double contrat de vente impliquant un double transfert de propriété. Le fournisseur peut dès lors revendiquer les déchets de matière précieuse dans la faillite de l'artisan¹⁰. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une qualification plus précise ne se justifiait pas, dans la mesure où l'application d'aucune norme impérative n'était en jeu. L'argument est en soi surprenant: la question de la qualification aurait pu se poser sans rapport avec une règle impérative particulière, par exemple si l'or s'était révélé défectueux.

Vente et achat de devises pour une banque. Une banque qui charge une société de l'achat et de la vente de titres passe avec cette dernière des contrats de vente successifs, et non un contrat de commission. Cette qualification doit cependant intervenir de cas en cas, selon la volonté des parties¹¹. Cet arrêt récent du Tribunal fédéral est conforme à la doctrine majoritaire et exclut un devoir de diligence de la société spécialisée dans le commerce de devises.

Contrat de remise de commerce. Le contrat de remise de commerce est un contrat *sui generis* qui ne doit pas être systématiquement soumis aux règles sur le contrat de vente. En particulier, lorsque le contrat comprend une cession de bail, le cédant n'est pas responsable des défauts

⁹ Arrêt 4C.190/2003 du 28 novembre 2003.

¹⁰ TF, *in*: SJ 2003 I 312.

¹¹ ATF 129 III 18 = SJ 2003 I 359.

de l'immeuble (en l'espèce la présence d'amiante)¹². Les règles sur les vices de consentement restent cependant applicables, et n'ont été écartées par le Tribunal fédéral qu'en raison de l'absence d'invalidation dans le délai de l'article 31 CO.

Promesse de vente. Malgré les innombrables controverses doctrinales relatives à la nature juridique d'une promesse de vente¹³, le Tribunal fédéral reste ferme sur sa conception selon laquelle un tel acte juridique est déjà un contrat de vente si les éléments essentiels du contrat y sont convenus¹⁴. Il s'agissait en l'espèce d'une promesse de vente d'un immeuble assortie d'un droit d'emption.

Souscription d'actions. L'avis par lequel l'émetteur d'action informe le souscripteur du nombre d'actions qui lui est attribué crée entre les parties une relation relevant d'un contrat innommé proche d'un contrat de vente. Cet avis confère au souscripteur un droit à la remise des titres¹⁵. Cette qualification, s'inscrivant en l'espèce dans un contexte de droit pénal, pourrait avoir des développements de droit privé intéressants en ce qu'elle laisse présager l'application des articles 190 et 191 CO en cas d'inexécution de ses obligations par l'émetteur.

III. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX OBLIGATIONS DES PARTIES ET AUX ELEMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT

Parties au contrat. Le fait que le vendeur indique au transporteur nommé par l'acheteur de prendre livraison d'une marchandise détenue par le vendeur dans son entrepôt pour le compte d'un tiers, n'implique pas que le contrat soit conclu entre le tiers et l'acheteur, même si le tiers adresse une facture à l'acheteur qui garde le silence. La détermination des parties au contrat résulte d'une interprétation de ce contrat selon le principe de la confiance¹⁶.

¹² TF, *in*: SJ 2003 I 208.

¹³ Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Zurich 2003, N. 957; François DESSEMONTET, *in*: Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*. Bâle 2003. *ad art.* 22 CO N. 3.

¹⁴ ATF 129 III 264.

¹⁵ ATF 120 IV 276.

¹⁶ Arrêt 4C.193/2003 du 4 novembre 2003.

Détermination du prix. Le prix de vente est en principe un élément essentiel du contrat qui doit être déterminé ou déterminable. Le prix est déterminable, conformément à l'article 184 al. 3 CO, si sa fixation peut intervenir par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté des parties. Lorsqu'il existe un cours moyen de la chose, le prix peut être déterminé selon ce cours moyen même si l'acheteur n'a fait aucune indication de prix lors de sa commande ferme (article 212 CO). En application de ces dispositions, le tribunal cantonal valaisan a considéré que le cours moyen doit être prouvé par la partie qui l'invoque, et qu'une simple liste de prix d'un acteur du marché (en l'espèce le marché viticole) ne suffit pas à cette preuve. Un tableau de prix indicatif de l'Union des négociants en vin du valais, malgré son caractère indicatif, a été considéré comme une preuve satisfaisante du cours moyen, mais il semble que cela résultait plus de l'admission du défendeur que de la valeur probante du tableau¹⁷.

Prix lié à d'autres offres. Par contre, l'offre par l'acheteur de payer CHF 1000.- de plus que l'offre la plus élevée n'a pas été considérée comme une détermination suffisante du prix, dans la mesure où sa détermination ne pouvait se faire de façon autonome mais uniquement par rapport à d'autres offres¹⁸. Il faut dire que ce dernier arrêt visait une vente immobilière, et que le problème de la forme authentique, à peine abordé par le tribunal cantonal, eut été pour le moins problématique si l'auteur de cette déclaration avait été lié.

Paiement par remise de bons WIR. Lorsque le vendeur accepte d'être payé autrement qu'en argent, en l'espèce par la remise de bons de virement WIR, et que les parties ne prévoient pas clairement que la prestation vaut à titre de paiement, ou en vue du paiement, il est présumé que la prestation a été faite en vue du paiement. Le fait que le vendeur ait accepté sans protestation cette prestation présentée par l'acheteur comme un acompte sur le prix, ne renverse pas cette présomption. La référence des parties au « *solde encore en suspens* » et la livraison de la marchandise avant l'exécution des bons de virement WIR ne sont pas non plus des preuves d'une dation en paiement. Une dation en vue du paiement est une relation juridique similaire à un mandat qui contraint le vendeur à s'occuper avec soin de la réalisation de la prestation de remplacement. Si tel est le cas, le vendeur reste créancier de l'acheteur

¹⁷ RVJ 1993 283.

¹⁸ RFJ-FZR 1993 53. Un recours en réforme au Tribunal fédéral contre cette décision a été rejeté.

dans la mesure où la prestation de remplacement (en l'occurrence le paiement des bons WIR) n'est pas réalisée¹⁹. Cet arrêt n'est pas discutable dans son résultat. Il aurait pu être plus simple dans sa motivation, dans la mesure où l'application de l'article 467 al. 1 CO (refus de l'assignation par l'assigné) aurait permis d'arriver directement à ce résultat.

Obligations accessoires. Outre les obligations résultant de l'article 184 CO, le vendeur doit assumer les obligations accessoires qu'exige indirectement l'exécution du contrat selon le principe de la bonne foi. Dans un contrat de vente d'une piscine avec obligation de montage, le Tribunal cantonal valaisan a ainsi considéré que le vendeur avait des obligations accessoires d'information et de renseignement sur l'utilisation de la chose, qu'il devait en expliquer les dangers, et faire les mises en garde nécessaires. Si le vendeur est expressément et exclusivement chargé de surveiller le montage, il assume des obligations relevant du contrat de mandat²⁰. Ces remarques sur les obligations accessoires du vendeur sont sans doutes justifiées dans le cadre de contrat comprenant expressément une part de services. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue la nature du contrat de vente. Comme l'indique le Tribunal fédéral beaucoup plus strict quant aux obligations accessoires du vendeur : « *Dans un contrat de vente, aucun des cocontractants n'est chargé de veiller sur les intérêts de l'autre, puisque chacun défend des intérêts qui s'opposent* »²¹.

Forme authentique et accord annexe. L'acte authentique constitutif d'un pacte d'emption (art. 216 al. 2 CO) doit contenir les mêmes éléments qu'une vente immobilière, et indiquer toutes les circonstances et déclarations de volonté essentielles pour le contenu matériel de l'acte juridique. Les points objectivement secondaires mais subjectivement essentiels doivent figurer dans l'acte authentique s'ils constituent un élément du contrat. Cependant, les parties peuvent convenir de points secondaires qui forment un tout, non soumis à forme authentique, même si cet accord annexe et l'acte authentique sont dans un rapport de connexité. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il considéré qu'une obligation d'assistance pouvait être convenue sous seing privé, même si cette obligation était liée dans l'esprit des parties à un pacte d'emption sous forme authentique²².

Éléments essentiels de la vente immobilière. La détermination de l'objet vendu constitue l'un des éléments essentiels de la vente. En

¹⁹ ATF 119 II 227 = JdT 1994 I 196.

²⁰ RVJ 1997 182.

²¹ Arrêt 4C.152/2002 du 22 juillet 2002 = SJ 2003 I 359.

²² ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99.

matière de vente immobilière, l'indication de la surface ne suffit pas, la forme et l'emplacement de la parcelle devant être décrites avec précision. Un point essentiel peut cependant être réservé à un accord ultérieur. Le contrat ne vient alors à chef que lorsque cet accord ultérieur est conclu. Si les parties signent l'acte malgré un désaccord sur les limites du terrain, en pensant à tort qu'une rectification de terrain pourra avoir lieu facilement, il s'agit d'un désaccord sur les éléments essentiels du contrat qui implique que celui-ci ne soit pas venu à chef. En instrumentant un acte qui ne correspondait pas à la volonté concordante des parties, le notaire a engagé sa responsabilité²³.

IV. JURISPRUDENCE RELATIVE AU TRANSFERT DES RISQUES

Periculum est emptoris. Lorsque la vente porte sur un corps certain, le transfert des risques a lieu dès la conclusion du contrat de vente (art. 185 al. 1 CO). Cette règle classique (« *periculum est emptoris perfecta emptione* ») choque souvent le sentiment d'équité : la chose détruite fortuitement après la conclusion du contrat mais avant la livraison à l'acheteur doit être payée intégralement par ce dernier (art. 119 al. 3 CO). De même, si la chose est endommagée sans faute du vendeur entre la conclusion du contrat et la livraison, l'acheteur ne peut faire valoir les règles sur les défauts de la chose (art. 197 ss CO). Il supporte donc les risques du transport. La jurisprudence et la doctrine tendent à réduire les cas d'application de l'article 185 al. 1 CO, et à multiplier les exceptions. Dans un magnifique arrêt de principe relatif à la vente d'actions d'une société tombée en faillite entre la conclusion du contrat et la remise des actions, le Tribunal fédéral rappelle cependant que la loi doit toutefois être respectée, et que les exceptions ne doivent pas remplacer la règle générale²⁴.

Droit comparé. La règle de l'article 185 al.1 CO procède de ces syncrétismes juridiques dont notre droit a le secret. En droit allemand et autrichien, le transfert de propriété de la chose a lieu lors du transfert de possession à l'acheteur. Logiquement, ces ordres juridiques font coïncider le transfert des risques et le transfert de propriété²⁵. La France et l'Italie adoptent la solution du transfert des risques dès la conclusion du contrat,

²³ TF, *in* : SJ 2001 I 589.

²⁴ ATF 128 III 370 = JdT 2003 I 27.

²⁵ § 446 al. 1 BGB; § 1048 ss et § 164 ABGB.

mais là encore le transfert des risques et le transfert de propriété coïncident puisque dans ces ordres juridiques, le contrat de vente est déjà translatif de propriété²⁶. La Suisse est le seul pays à consacrer une dissociation du transfert des risques (dès la conclusion du contrat) et du transfert de propriété (dès la remise de la chose à l'acheteur).

Critère de l'intérêt prépondérant. Sur la base d'une analyse historique du principe du transfert des risques à la conclusion du contrat, le Tribunal fédéral est arrivé à une conclusion qui permet de tracer une ligne de démarcation assez claire entre la règle et les exceptions: lorsque la séparation temporelle entre la conclusion du contrat et la livraison de la chose intervient dans l'intérêt prépondérant de l'acheteur, l'article 185 al. 1 CO doit s'appliquer sans exception, même si cette séparation correspond à une longue période. Par contre, lorsque cette séparation a été aménagée dans l'intérêt prépondérant du vendeur, la règle ne doit pas s'appliquer et le transfert des risques doit avoir lieu dès la remise de la chose. En l'espèce, les termes prévus entre la conclusion du contrat de vente et les livraisons (successives) d'actions aux acheteurs avaient été aménagés de façon à permettre aux acheteurs de financer leur acquisition. Ils assumaient donc les risques liés à la chose vendue durant cette période.

Et les ventes à distance ? Cet arrêt du Tribunal fédéral est séduisant par la finesse de l'analyse et l'équité de la solution. La ligne de démarcation ainsi tracée entre la règle et l'exception ne nous paraît cependant pas toujours adéquate. En particulier, dans les ventes à distance, la séparation temporelle entre la conclusion du contrat et la livraison de la chose ne s'explique pas par l'intérêt prépondérant de l'une ou l'autre partie, mais par les aléas de la livraison. Le recours aux Incoterms²⁷, ou les solutions des articles 66 ss de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises demeurent plus pratiques que les solutions du Code des obligations, même lorsqu'elles sont éclairées par les lumières du Tribunal fédéral. En réalité, seul l'acheteur non averti, qui a le tort de faire confiance à l'équilibre des règles supplétives du droit suisse, tombe dans le piège de l'article 185 al. 1 CO: le professionnel ou l'acheteur bien conseillé y déroge systématiquement.

De l'utilité d'un régime spécial pour les ventes de corps certain. Enfin, la distinction entre vente d'une chose déterminée par son genre et vente d'un corps certain, qui gouverne l'application de l'article 185 CO, ne nous

²⁶ Art. 1138, 1583, 1624 CC Fr. ; art. 922, 1376 CC It.

²⁷ Qui ne prévoient aucun cas de transfert des risques à la conclusion du contrat.

paraît pas mériter des régimes juridiques si différents. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises fait l'économie de cette distinction.

V. JURISPRUDENCE RELATIVE A LA DEMEURE DU VENDEUR ET DE L'ACHETEUR

Exigibilité différée du paiement du prix et de la livraison de la chose.

Lorsque, dans un contrat de vente, les parties conviennent qu'une prestation aura lieu avant l'autre, il peut s'agir soit d'une obligation d'exécution préalable à caractère durable, soit simplement de la fixation différée du terme d'exigibilité des deux prestations réciproques. Dans le premier cas, la seconde prestation ne devient pas exigible tant que la première n'a pas été exécutée. Dans le second cas, la seconde prestation devient exigible à la date convenue même si la première n'a pas été exécutée. Le débiteur de la seconde prestation peut cependant exciper de l'article 82 CO. Il peut dans ce cas être condamné à exécuter sa prestation trait pour trait en échange de la contre-prestation. Le Tribunal fédéral a appliqué ces principes dans un cas de vente d'une entreprise individuelle. Le paiement du prix devait intervenir, selon le contrat, après la radiation du vendeur au registre du commerce. Le fait que le vendeur ne se soit pas fait radier du registre du commerce ne l'empêchait pas d'exiger le paiement du prix, car il n'était pas soumis à une obligation d'exécution préalable à caractère durable. L'acheteur pouvait donc être condamné à payer le prix convenu, trait pour trait, en échange de la radiation du vendeur au registre du commerce²⁸.

Exigibilité du prix non encore déterminé. L'acheteur peut être mis en demeure de payer le prix, et donc devoir des intérêts moratoires, alors même que ce prix n'est pas encore déterminé. Le Tribunal fédéral a confirmé ce principe jurisprudentiel au sujet d'un contrat (mixte) de vente d'actions, prévoyant que le prix serait déterminé par un expert arbitre selon le dernier bilan de la société. Il a ainsi considéré que le prix était exigible dès le transfert des actions, conformément à l'article 213 al. 1 CO, alors même que le montant exact du prix n'était pas encore déterminé. Le vendeur pouvait donc interpeller l'acheteur, de façon à faire courir les intérêts moratoires sur le prix de vente²⁹. Cette jurisprudence n'est pas critiquable dans son principe : une action judiciaire, valant

²⁸ ATF 127 III 199 = SJ 2001 I 549.

²⁹ ATF 129 III 535.

interpellation, est souvent introduite alors que le montant du dommage est encore indéterminé. Des intérêts moratoires sont alors dus depuis la date de l'introduction de la demande, sur le montant finalement déterminé par le tribunal. Dans le cas d'espèce cependant, le Tribunal fédéral aurait pu examiner si, interprété selon le principe de la confiance, l'accord des parties sur une procédure de détermination du prix n'impliquait pas un accord implicite sur l'exigibilité de ce prix dès le terme de cette procédure.

Calcul abstrait du dommage de l'acheteur en cas d'inexécution par le vendeur. Dans un arrêt dont l'état de fait illustre de façon tout à fait stupéfiante pour un profane le caractère spéculatif des ventes de voiture de luxe, le Tribunal fédéral a rappelé que l'article 191 CO s'applique certes en cas de vente commerciale, mais qu'il n'est qu'une confirmation des principes des articles 97 et 107 CO³⁰. Il était confronté à une situation où une voiture de luxe dont le prix catalogue était de CHF 400'000.- avait été vendue par son propriétaire pour CHF 520'000.- à un premier acheteur, puis revendue par le même vendeur à un tiers pour un prix de CHF 700'000.-. Le premier acheteur agissait en dommages et intérêts pour cause d'inexécution du premier contrat de vente.

Estimation de la valeur de la chose. De façon générale, l'acheteur peut faire valoir tout dommage causé par l'inexécution du contrat de vente, dans la mesure où il arrive à en prouver l'existence (art. 99 al. 3 et 42 al. 1 CO). Ce dommage peut résulter du coût d'acquisition d'une marchandise de remplacement, de la perte d'un bénéfice possible sur la revente de la marchandise, ou encore de l'obligation de l'acheteur d'indemniser un tiers-acheteur. Le calcul abstrait de l'article 191 al. 3 CO (différence entre le prix convenu de la chose et sa valeur au cours du jour au terme fixé pour la livraison) n'est pas exclu du fait que l'acheteur n'entendait pas revendre la chose. En l'absence d'un cours officiel, la valeur de la chose peut être estimée en application de l'article 42 al. 2 CO. En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas retenu le prix catalogue de la voiture, ni le prix manifestement spéculatif avancé par l'acheteur, pour s'en tenir au prix auquel le vendeur avait revendu la voiture à un tiers (CHF 700'000.-).

Domage ou restitution des profits ? Cette jurisprudence confirme l'interprétation du Tribunal fédéral très généreuse quant à la notion de

³⁰ ATF 120 II 296 = JdT 1995 I 381; voir également l'arrêt 4C.204/2002 du 9 octobre 2003.

marchandise cotée à la bourse ou ayant un prix courant³¹. Le fait d'admettre le calcul abstrait du dommage alors même qu'il était établi que l'acheteur n'entendait pas revendre la voiture, ajouté à la détermination de la valeur de la chose selon le prix auquel le vendeur a revendu la chose à un tiers, nous semble cependant plus proche de la restitution des profits propre à la gestion d'affaires sans mandat (art. 423 CO), que de l'indemnisation des articles 97 ss CO. Or, les conditions de la gestion d'affaires sont beaucoup plus strictes que celles de l'inexécution, et il serait regrettable que cette confusion entre restitution des profits et indemnisation se généralise.

VI. JURISPRUDENCE RELATIVE AU DEFAUT DE LA CHOSE VENDUE

Rapport entre les règles sur les défauts et les vices de consentement.

De jurisprudence constante, les règles sur les défauts de la chose vendue s'appliquent en concours alternatif avec les règles sur les vices de consentement. Le Tribunal fédéral a cependant récemment rappelé que le choix de l'acheteur est un acte formateur irrévocable. Ainsi, lorsque l'acheteur opte pour les actions édiliciennes, il ratifie le contrat au sens de l'article 31 CO et s'interdit donc son invalidation pour erreur essentielle ou dol³².

Risques stratégiques. Les Don Quichottes des palais de justice doivent donc impérativement s'assurer qu'ils ont respecté les incombances des articles 197 ss CO (en particulier l'avis des défauts) et qu'ils agissent dans le délai de l'article 210 CO (une année dès la livraison), avant d'opter pour les actions édiliciennes. A défaut, ils auront perdu le bénéfice d'une invalidation du contrat pour vice de consentement (qui n'est pas soumise aux mêmes restrictions), pour se lancer à l'assaut du moulin à vent édilicien.

Exclusion conventionnelle de responsabilité et vices de consentement. Une exclusion conventionnelle de responsabilité exclut autant les actions des articles 197 ss CO que l'invalidation du contrat pour erreur essentielle sur les motifs³³. Ce dernier moyen de droit est en effet paralysé par le critère du caractère objectivement essentiel de l'erreur

³¹ TERCIER, (n. 13) N. 563.

³² ATF 127 III 83.

³³ ATF 126 III 59.

selon la loyauté commerciale. La loyauté commerciale ne permet pas à l'acheteur de considérer comme un élément essentiel du contrat une qualité dont il a accepté qu'elle ne fasse l'objet d'aucune garantie.

Distinction entre garantie pour les défauts et garantie indépendante (porte-fort). Lorsque le vendeur garantit une qualité existante au moment de la conclusion du contrat ou du transfert des risques, il s'agit d'une garantie au sens des articles 197 ss CO, dont la violation permet à l'acheteur d'intenter les actions édiliciennes. Ces actions se prescrivent cependant dans le délai d'un an dès la livraison de la chose (art. 210 CO). Lorsqu'au contraire le vendeur garantit un résultat futur, il s'agit d'une garantie indépendante, qui peut être appelée dans le délai de prescription contractuel de dix ans (art. 127 CO). Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette distinction dans un cas où les vendeurs d'un bien-fonds avaient garanti à l'acheteur l'obtention future d'un permis de construire. Ils entendaient ainsi garantir que le terrain ne changerait pas de zone entre la vente et la date future de demande du permis de construire. Il s'agissait donc d'une prospective tournée vers l'avenir et la garantie correspondante devait être considérée comme une garantie indépendante³⁴.

Interprétation de l'exclusion de garantie. L'interprétation d'une exclusion de garantie conduit à rechercher la commune intention des parties, ou, à défaut, à l'application du principe de la confiance. L'exclusion doit être claire, et il convient donc de l'interpréter restrictivement. La mention « *exempt de défaut* » n'est pas incompatible avec une exclusion de garantie pour d'éventuels réparations ou dommages antérieurs à la possession de la chose par le vendeur. Par cette réserve, le vendeur indique qu'il n'a pas connaissance de telles réparations ou dommages antérieurs à sa possession, mais exclut toute garantie pour ce cas³⁵.

Avis des défauts. L'avis des défauts est une incombance de l'acheteur dont la violation lui fait perdre le bénéfice des droits découlant du défaut de la chose vendue (art. 201 CO). Le Tribunal fédéral a toujours été ferme sur cette condition (dans la mesure cependant où sa conception large de la notion d'*aliud* n'en écarte pas l'application³⁶). Il a ainsi considéré qu'un acheteur de voiture qui avait eu recours au système, proposé par la marque, de dépannage et de réparation par le concessionnaire le plus

³⁴ ATF 122 III 426.

³⁵ ATF 126 III 59.

³⁶ *Infra*, ch. VII.

proche (en l'occurrence la « prestation Mobilo ») n'était pas pour autant exonéré de cette incombance³⁷. En particulier, le concessionnaire contacté ne pouvait pas être considéré comme le représentant du vendeur. Si un délai de réflexion de deux ou trois jours pour l'avis des défauts est admissible, l'acheteur ne pouvait pas faire l'avis des défauts 17 ou 20 jours après la première panne. L'avis des défauts devait intervenir dès la première panne, des pannes ultérieures ne donnant pas une nouvelle chance à l'acheteur de faire l'avis des défauts. En conséquence, l'acheteur a été débouté de ses prétentions contre le vendeur.

Interprétation selon le principe de la confiance. Cet arrêt, justifié en principe en ce qui concerne la durée et le *dies a quo* du délai d'avis, nous semble critiquable sur l'interprétation du contrat : l'acheteur n'avait fait que recourir au service de dépannage et réparation qui lui était offert par le vendeur au nom de la marque. Cette procédure particulière aurait pu être considérée comme une dérogation à l'article 201 CO, qui est de droit dispositif³⁸. La tendance des marques de voitures à présenter leurs concessionnaires comme un réseau uni au service de l'acheteur aurait peut-être pu conduire à une telle interprétation selon le principe de la confiance³⁹.

Manuel d'utilisation défectueux. Le défaut d'un manuel d'utilisation de la chose est un défaut de la chose vendue, qui peut même être un défaut rédhibitoire lorsqu'il rend l'utilisation du matériel impossible (soit en particulier en cas d'absence totale de manuel, ou en cas de manuel livré dans une langue étrangère)⁴⁰. Dans le cas examiné par le Tribunal fédéral, les manuels livrés avec un système informatique « clef en main » ne lui ont pas paru de nature à justifier une résolution du contrat, car ils ne « rendaient pas vraiment impossible l'usage du système ». Bien que le Tribunal fédéral ne l'ait pas mentionné, il nous semble que les qualités professionnelles de l'acheteur doivent être prises en considération pour

³⁷ Arrêt 4C.205/2003 du 17 novembre 2003.

³⁸ Il est même fréquent en pratique d'en modifier la durée: cf. Silvio VENTURI, in: LUC THÉVENOZ / Franz WERRO (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, ad art. 201 CO, N. 5.

³⁹ Le Tribunal fédéral aurait également pu considérer que le fait de se prévaloir de l'absence de l'avis des défauts était un abus de droit de la part du vendeur. Il en a décidé ainsi au sujet d'un contrat mixte de vente immobilière et d'entreprise : l'acheteur s'était plaint durant les travaux à l'architecte, en présence de l'époux de la vendeuse, mais pas immédiatement après la livraison de l'ouvrage : arrêt 4C.190/2003 du 28 novembre 2003.

⁴⁰ ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

déterminer si le défaut de manuel est rédhibitoire ou non. Si tel est le cas (ce qui devrait être admis plus facilement dans les ventes à des consommateurs notamment), la dureté de la résolution du contrat peut être amortie par l'exception de l'article 206 al. 2 CO, qui autorise le vendeur à livrer immédiatement une chose du même genre pour se libérer de toute action. La livraison immédiate d'un manuel complet dans la langue de l'acheteur doit ainsi permettre au vendeur d'éviter la résolution.

Software défectueux. Un software n'est affecté d'un défaut rédhibitoire que si une qualité promise manque, ou si les défauts entravent ou excluent la capacité fonctionnelle du software. Un défaut de software qui retardait et rendait plus difficile le travail sur le système mais ne le rendait pas impossible a ainsi été considéré comme n'étant pas rédhibitoire⁴¹. Cette solution, sans doute justifiée dans le cas d'espèce, nous laisse dubitatif dans son expression abstraite : le moyen de droit de la diminution du prix n'est certainement pas satisfaisant pour l'utilisateur d'informatique qui attendait un système facile d'utilisation et rapide. Le critère de la contravention essentielle de la Convention de Vienne, basé sur les attentes de l'acheteur, nous semble plus convaincant que l'analyse objective de la gravité du défaut. Sans doute cette question doit-elle être liée en droit interne suisse à celle de *aliud*, lorsque l'acheteur a spécifié clairement ce qu'il attendait du système commandé⁴².

Amortissement de la chose défectueuse. La jurisprudence, encore confirmée en 1998 par la Cour de justice de Genève⁴³, considérait qu'en cas de résolution ou invalidation du contrat de vente d'une chose défectueuse (en l'espèce une voiture), l'acheteur devait déduire de sa prétention en restitution du prix l'amortissement normal de la chose, conformément aux règles jurisprudentielles relatives à l'invalidation d'un contrat de leasing⁴⁴. L'article 226i al. 1 CO était alors appliqué par analogie. Cependant, alors qu'en cas de leasing on ajoutait à cet amortissement l'intérêt du capital investi par le donneur de leasing dans la chose, en cas de vente, il convenait de déduire de l'amortissement l'intérêt du capital investi par l'acheteur.

Une jurisprudence dépassée ? On est en droit de se demander si cette jurisprudence encore récente résiste à l'entrée en vigueur de la loi sur le crédit à la consommation : l'article 15 al. 4 LCC prévoit en effet qu'en cas

⁴¹ ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

⁴² *Infra*, ch. VII.

⁴³ Cour de justice du canton de Genève, *m* : SJ 1998 677.

⁴⁴ ATF 110 II 244 = JdT 1985 I 155.

de nullité d'un contrat de leasing, le donneur de leasing supporte la perte de valeur éventuelle de l'objet. L'analogie avec le contrat de leasing n'est donc plus une justification admissible de la règle de la déduction de l'amortissement, et un retour au principe de l'article 938 CC serait approprié. Selon cette disposition, le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité à celui auquel il est tenu de la restituer⁴⁵.

Vente de bétail. L'article 198 CO, limitant la garantie du vendeur en cas de vente de bétail, s'applique également à la vente d'un cheval à un particulier qui n'est pas éleveur. Cette disposition donne une liste exhaustive de la notion de bétail, et ne suppose ni un contexte professionnel, ni un contexte rural⁴⁶. Cette jurisprudence de la Cour de justice de Genève, irréprochable du point de vue *de lege lata*, nous laisse néanmoins songeur quant à l'adaptation de notre législation aux réalités du monde contemporain. Le Tribunal fédéral avait pourtant laissé percevoir une certaine souplesse dans l'application de l'article 198 CO dans le cas de ventes à des particuliers⁴⁷.

VII. JURISPRUDENCE RELATIVE A LA DISTINCTION ENTRE LE DEFAULT ET L'INEXECUTION (*ALIUD*).

Le concept d'*aliud*. L'influence de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui englobe les notions de défauts et d'*aliud* sous le concept fédérateur de défaut de conformité (art. 35 CVIM) n'a pas fait fléchir le Tribunal fédéral qui reste attaché à cette distinction en droit interne suisse : la livraison d'une chose défectueuse est régie par les articles 197 ss CO, alors que la livraison d'une chose différente de la chose convenue (*aliud*) est un cas d'inexécution.

Vente de titres d'une société en faillite. La distinction conduit parfois les tribunaux à la limite de la ratiocination. Ainsi, selon un *obiter dictum* récent du Tribunal fédéral, des actions d'une société en cours de faillite

⁴⁵ Le vendeur pourrait le cas échéant se prévaloir d'une application par analogie de l'article 40f CO, qui prévoit qu'en cas de révocation d'un contrat de démarchage, l'acquéreur qui a fait un usage de la chose doit un loyer approprié au fournisseur. Ce loyer ne comprend néanmoins pas d'amortissement pour la perte de valeur de la chose (Bernd STAUDER, in: Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, *ad* art. 40f CO, N. 7).

⁴⁶ Cour de justice du canton de Genève, in : SJ 2003 I 125-127.

⁴⁷ ATF 111 II 67 = JdT 1985 I 571.

devraient le cas échéant être considérées comme défectueuses, alors que les mêmes actions livrées après la faillite seraient des *aliud*, l'exécution étant devenue objectivement impossible⁴⁸.

Aliud ou défaut en cas de chose déterminée par son genre. Lorsque la chose vendue est déterminée par son genre, elle n'est défectueuse que si tous les critères utilisés par les parties pour déterminer la chose sont présents, mais que l'un de ces éléments est défectueux. Si l'un des critères est absent, il ne s'agit pas d'un défaut mais d'un *aliud*. Le Tribunal fédéral s'est ainsi prononcé sur un cas où les parties avaient convenu de la vente d'un chariot élévateur avec commande automatique⁴⁹. Le chariot livré avait une commande manuelle. Le vendeur a proposé une marchandise de remplacement à l'acheteur, qui a refusé et a résilié le contrat de vente. Le Tribunal fédéral a qualifié cette situation de livraison d'un *aliud*. L'application de l'article 206 CO, dont le deuxième alinéa autorise le vendeur à livrer une marchandise de remplacement du même genre lorsque la chose livrée est défectueuse, a donc été écartée⁵⁰. Le Tribunal fédéral est cependant arrivé à la conclusion que l'acheteur aurait dû fixer un délai supplémentaire à l'acheteur en application de l'article 107 CO, et a donc conclu que la « résiliation » du contrat (en l'espèce une résolution) n'était pas valable. Cet exemple illustre une fois de plus que les tribunaux procèdent souvent à de savantes distinctions pour arriver à des conclusions identiques : défaut ou *aliud*, le vendeur devait pouvoir livrer un chariot conforme à ce qui avait été convenu, dans la mesure où il pouvait le faire dans un délai convenable.

Critique. La solution de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui fait entrer *aliud* et défaut sous le même concept de « défaut de conformité » (art. 35 CVIM) et qui prévoit un droit du vendeur au remplacement de la chose dans ce cas (art. 46 al. 2 CVIM) nous semble plus proche du sens commun des usagers du droit. Par ailleurs, les contrats contemporains, influencés par les pratiques anglo-saxonnes, sont souvent pléthoriques dans leur description des spécifications techniques de la chose. Les règles sur les défauts sont alors écartées systématiquement par le point de vue de notre Haute Cour selon

⁴⁸ ATF 128 III 370 = JdT 2003 I 27.

⁴⁹ ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199.

⁵⁰ L'application de l'article 206 CO même en cas de livraison d'un *aliud* avait pourtant été admise dans un arrêt plus ancien (ATF 94 II 26), et cette solution était approuvée par une partie de la doctrine (voir le considérant 4a de l'ATF 121 III 453). Le Tribunal fédéral a préféré revenir à la solution plus orthodoxe de la stricte distinction entre l'*aliud* et le défaut.

lequel tout élément de description de la chose manquant conduit à l'application des règles sur l'inexécution plutôt que des règles sur les défauts. On comprend mal pourquoi les incombances de l'acheteur relatives à l'avis des défauts, et la courte prescription de l'article 210 CO, ne s'appliquent pas dans de tels cas.

Composition chimique de la chose. On trouve une belle illustration de cette dérive dans un arrêt tout récent du Tribunal fédéral⁵¹ qui a considéré que le vendeur qui livrait des barils d'essence dont le taux RVP (*Reid Vapour Pressure*) ne correspondait pas à ce qui était convenu livrait un *aliud*, et non une chose défectueuse. La distinction entre qualité promise et description du genre est aussi fine qu'une feuille de papier à cigarettes. On peut comprendre que la très absconse distinction entre dommage direct et indirect de l'article 208 CO conduise le Tribunal fédéral à lui préférer les règles de fixation du dommage des articles 97, 107 et 191 CO, mais il est regrettable d'abandonner ainsi les règles sur les incombances de l'acheteur, qui semblent épargner les commerçants (par nature plutôt usagers des contrats de vente de choses de genre, et par professionnalisme plutôt enclins à décrire les spécifications techniques de la marchandise en détail), alors qu'elles continuent à sanctionner durement les consommateurs négligents⁵².

VIII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX PACTES D'EMPTION, DE PREEMPTION, OU DE REMERE

Restitution des acomptes lorsqu'un droit d'emption n'est pas exercé. Un droit d'emption conventionnel est un droit d'acquisition conditionnel subordonné à la condition suspensive de l'exercice du droit. Si cette condition n'est pas remplie, les acomptes payés par le bénéficiaire du droit de préemption doivent être restitués sur la base de l'article 62 CO. La prétention en restitution se prescrit donc selon le délai bref de l'article 67 CO (une année dès la connaissance du droit à répétition)⁵³.

⁵¹ Arrêt 4C.204/2002 du 9 octobre 2003.

⁵² *Supra*, n. 37 au sujet d'une vente de voiture.

⁵³ ATF 129 III 264; voir à ce sujet la contribution du Professeur CHAPPUIS, dans cet ouvrage (pp. 25 ss), et le commentaire de Guillaume VIONNET / Hans Caspar VON DER CRONE, Nature de l'action en répétition, Arrêts de la 1ère Cour civile du Tribunal fédéral du 28 mars 2003, de la 1ère Cour d'appel civile du Tribunal cantonal fribourgeois du 3 octobre 2002, Commentaires, *in* : RSDA 2003, pp. 328 ss.

Prescription du droit à la restitution. Cet arrêt clarifie la question controversée des cas d'application des articles 127 CO (prescription de dix ans dès l'exigibilité d'une obligation contractuelle) et 67 CO (prescription d'une année dès la connaissance du droit à répétition). L'article 127 CO ne s'applique à la prétention en restitution d'un prix de vente ou d'un acompte qu'en cas de liquidation des rapports contractuels après résolution du contrat⁵⁴ (soit dans les situations de défaut de la chose vendue ou les situations de demeure), ou lorsque le contrat prévoit lui-même la restitution des acomptes ou de la partie du prix payés en trop⁵⁵. Dans tous les autres cas, la restitution du prix de vente est soumise à la prescription de l'article 67 CO.

Dies a quo du délai de prescription. En principe, le *dies a quo* de ce délai de prescription correspond à la date d'échéance du droit d'emption. En l'espèce cependant, le bénéficiaire du droit d'emption avait continué à payer des acomptes après la date d'échéance, dans l'espoir d'une prolongation du terme. Le Tribunal fédéral a donc considéré que le *dies a quo* du délai était reporté à ce dernier paiement. Cette interprétation généreuse n'a pas profité au bénéficiaire du droit, puisque la prescription était acquise de toute façon. Si l'enjeu avait été réel, il aurait sans doute convenu de distinguer entre les acomptes versés avant l'échéance, et les acomptes payés postérieurement. Pour les premiers, l'espoir unilatéral d'une prolongation du terme ne pouvait justifier un report du *dies a quo* de la prescription. Pour les seconds, la connaissance du droit à restitution du paiement ne pouvait bien sûr exister avant le paiement lui-même et la conception du Tribunal fédéral se défend. On aurait cependant pu se demander dans ce cas si la restitution de ces paiements volontaires exécutés après l'échéance du droit d'emption n'aurait pas dû être frappée de l'exception de l'article 63 CO : un paiement volontaire ne doit être restitué que si son auteur prouve qu'il a payé par erreur. Or, un espoir n'est pas une erreur⁵⁶.

Effet rétroactif de l'article 216a CO. Dans un arrêt de juillet 2000, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question très controversée du régime transitoire des droits de réméré depuis l'entrée en vigueur de l'article 216a CO⁵⁷. L'Association Genevoise du Coin de Terre faisait valoir un droit de réméré sur un terrain qu'elle avait vendu en 1962 à l'un

⁵⁴ ATF 114 II 152.

⁵⁵ ATF 126 III 119.

⁵⁶ Voir cependant ATF 115 II 28 = JdT 1989 I 172.

⁵⁷ ATF 126 III 421.

de ses membres, et dont l'héritier souhaitait disposer. Ce dernier faisait valoir que ce droit était périmé, conformément à l'article 216a CO.

L'ancien et le nouveau droit. L'ancien droit, en vigueur lors de la constitution de ce droit de réméré, prévoyait que les droits de réméré, comme les droits d'emption et de préemption, ne pouvaient avoir une durée supérieure à dix ans dès leur annotation. La jurisprudence avait cependant interprété cette règle en ce sens que seul l'effet réel de l'annotation cessait après cette période, l'effet obligationnel n'étant soumis à d'autres limites temporelles que celles des règles générales des articles 2 et 27 CC. Selon le nouvel article 216a CO, en vigueur lors de l'exercice du droit par l'association, les droits de réméré et de préemption ont une durée maximale de 25 ans, qui s'applique tant à leurs effets réels qu'obligationnels.

Dies a quo du nouveau délai. Le champ d'application de l'article 216a CO est contesté, certains auteurs souhaitant en exclure l'application à des situations où les parties sont dans une relation de société. Le Tribunal fédéral s'est montré plutôt favorable à cette interprétation restrictive, et a mis en doute que l'article 216a CO soit applicable au cas qui lui était soumis, compte tenu des buts particuliers de l'association genevoise. Le Tribunal n'a cependant pas tranché la question. Il a également laissé ouverte la question de l'effet rétroactif de l'article 216a CO, après l'avoir pourtant longuement débattue au regard de l'article 3 du Titre final du CC. Notre Haute Cour est en effet parvenue à la conclusion que même si l'on devait admettre un effet rétroactif à l'article 216a CO, le point de départ du délai de 25 ans prévu par cette disposition ne pouvait être fixé qu'au jour de l'entrée en vigueur de cette disposition.

Une conclusion rassurante et des perspectives intéressantes. On peut certes regretter que cette jurisprudence ait laissé ouvertes les questions du champ d'application exact de l'article 216a CO et de son effet rétroactif, mais on ne peut que se féliciter de cette conclusion conforme à la sécurité juridique et aux principes déjà dégagés par la jurisprudence en cas d'entrée en vigueur d'une nouvelle norme de prescription⁵⁸. Par ailleurs, même si le Tribunal fédéral s'est abstenu de conclure sur la question du champ d'application de l'article 216a CO, il n'en a pas moins exprimé une certaine sympathie pour une interprétation flexible de la disposition. De même, sans prendre parti formellement pour l'effet rétroactif de la disposition, son raisonnement allait clairement dans ce sens.

⁵⁸ ATF 102 V 206 consid. 2.

IX. JURISPRUDENCE RELATIVE A LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE

Sources. La jurisprudence suisse relative à la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) est très régulièrement recensée dans la RSDIE. On trouve de façon plus générale l'abondante jurisprudence internationale sur les sites de la *Pace University School of Law*⁵⁹ et de l'institut de droit étranger et international de l'Université de Freiburg im Breisgau⁶⁰. Nous nous contenterons donc de mettre l'accent sur quelques arrêts suisses particulièrement intéressants.

Election de droit suisse. La CVIM est-elle du droit suisse ? Cette convention cosmopolite, mâtinée de traditions juridiques diverses, mérite-t-elle le label helvétique ? La ratification de la convention équivaut-elle à sa naturalisation ? Cette question n'a pas qu'un enjeu sémantique : elle se pose de façon éminemment pratique chaque fois que les parties ont élu le droit suisse. Cette élection de droit conduit-elle à l'application du « vrai » droit suisse, qui ne peut être que le Code des obligations, ou implique-t-elle l'application de la CVIM ?

La CVIM fait partie intégrante du droit suisse. Si la doctrine suisse est restée dubitative sur cette question lors de l'entrée en vigueur de la convention, une tendance très nette se dessine en faveur de l'application de la convention, même si la réelle intention des parties reste le critère déterminant. Le Tribunal cantonal vaudois s'est récemment prononcé dans ce sens⁶¹ : « *Les tribunaux refusent en principe de voir dans une clause d'élection de droit une mise à l'écart de la Convention de Vienne (...). Force est donc d'admettre que le simple renvoi au droit d'un Etat contractant (élection de droit) n'est pas encore suffisant pour écarter la Convention de Vienne, puisque celle-ci est devenue partie intégrante de ce droit.* ». Voilà qui équivaut à un véritable certificat de naturalisation. Il est encore renforcé par une jurisprudence de la même juridiction selon laquelle le choix du « *federal Swiss law* » emporte l'application de la

⁵⁹ <http://www.cisg.law.pace.edu>.

⁶⁰ <http://www.jura.uni-freiburg.de/iprl/cisg>.

⁶¹ Tribunal cantonal du canton de Vaud, 8 décembre 2000, *in* : RSDIE 1 / 2002, p. 147 ; également dans ce sens l'arrêt du Kantonsgericht du canton de Lucerne du 6 octobre 1995, *in* : RSDIE 1 / 1998, p. 89.

CVIM⁶². Le Tribunal cantonal de Nidwald a également considéré qu'une élection tacite du droit suisse, résultant d'une référence des parties au droit suisse durant la procédure (malgré une clause d'élection du droit italien dans les conditions générales de la venderesse) conduit à l'application de la CVIM⁶³.

Le droit interne suisse comme droit neutre. Il n'en reste pas moins qu'une clause d'élection de droit doit être interprétée de façon à déterminer la réelle et commune intention des parties, ou à défaut selon le principe de la confiance. Dans tous les arrêts cantonaux concluant à l'application de la CVIM, une des parties était domiciliée en Suisse⁶⁴. La question se présenterait peut-être différemment si les deux parties au contrat avaient choisi le droit suisse comme un droit neutre, qui ne soit ni le droit du vendeur ni celui de l'acheteur. Certains auteurs considèrent que l'application de la CVIM pourrait dans ce cas être choquante, notamment si l'une des deux parties est établie dans un Etat ayant ratifié la convention⁶⁵. Il nous semble pour notre part que même dans ce cas, l'élection du droit suisse comme droit neutre pourrait avoir un sens, de nombreuses questions non régies par la convention étant laissées au droit national supplétif⁶⁶.

Prescription des actions édiliciennes. En 2001 et 2002, les juridictions bernoises ont apporté une réponse satisfaisante dans son résultat pratique, bien que fort germanique dans son inspiration, à l'épineuse question de la relation entre l'article 210 CO et l'article 39 CVIM. En droit interne suisse, les actions dérivées du défaut de la chose vendue se prescrivent dans le délai d'un an dès la livraison de la chose. Le droit uniforme ne

⁶² Tribunal cantonal du canton de Vaud, 26 mai 2000, *in* : RSDIE 1 / 2002, p. 146.

⁶³ Kantonsgericht du canton de Nidwald (Zivilabteilung / Grosse Kammer I) 12 novembre / 3 décembre 1997, *in* : RSDIE 1 / 1998, p. 81.

⁶⁴ Le siège lausannois de la défenderesse est d'ailleurs présenté comme un critère déterminant dans l'arrêt vaudois du 26 mai 2000.

⁶⁵ Voir TERCIER, (n. 13) N. 1376.

⁶⁶ La question essentielle de la validité du contrat resterait en particulier soumise au droit interne suisse (article 4 CVIM). De nombreuses autres questions restent par ailleurs soumises au droit national supplétif, en particulier la question des intérêts de retard qui a fait l'objet de nombreuses décisions suisses, *in* : RVJ 1995 p. 164; RVJ 1998 p. 140; Handelsgericht du canton d'Aarau, 21 décembre 2000, *in* : RSDIE 1 / 2002 p. 145 ; Handelsgericht du canton d'Aarau, 5 novembre 2002, *in* : RSDIE 1 / 2003 p. 103. Il en est de même de la question des vices de consentement : TF du 22 décembre 2000, *in* : RSDIE 1 / 2002, p. 140 ; SJZ 1997 p. 406 ; Handelsgericht du canton de St Gall, 24 août 1995, *in* : RSDIE 1 / 2000, p. 116; de la monnaie applicable au prix de vente *in* : RVJ 1999 p. 227; et de la charge de la preuve : TF, *in* : SJ 2001 I 304; Handelsgericht du canton de Zurich, 10 février 1999, *in* : RSDIE 1 / 2000, p. 111.

régit pas la question de la prescription⁶⁷, mais prévoit une péremption du délai d'avis des défauts de deux ans dès la livraison de la marchandise. La coexistence du droit interne suisse et du droit uniforme risque donc de conduire à une situation (assez ubuesque, il faut bien le dire) où l'acheteur est encore dans le délai que lui fixe le droit uniforme pour faire l'avis des défauts, alors que les actions dérivées de ce défaut sont prescrites selon le droit interne suisse.

Solution(s) genevoise(s), solution bernoise. Les juridictions genevoises s'étaient déjà frottées à cette contradiction malheureuse du droit interne suisse et du droit uniforme. Le Tribunal de première instance avait opté pour l'application de l'article 127 CO en lieu et place de l'article 210 CO. La Cour de justice avait pour sa part tranché en faveur d'une prolongation du délai de l'article 210 CO à deux ans, de façon à le faire coïncider avec le délai de péremption de l'article 39 CVIM⁶⁸. Le Handelsgericht du Canton de Berne n'a été séduit par aucune de ces deux solutions, et a préféré se référer au droit allemand. Conformément à la solution de la loi allemande qui adapte le § 477 du BGB à la CVIM⁶⁹, le Tribunal bernois a considéré qu'il pouvait faire usage de son pouvoir créateur de droit au sens de l'article 1 al. 2 CC et partir du principe que le délai de prescription de l'article 210 CO restait inchangé dans sa durée, mais ne commençait pas à courir avant l'avis des défauts⁷⁰.

Une prescription à géométrie variable. Il est pour le moins paradoxal que l'uniformisation internationale du droit conduise à une désuniformisation du droit suisse, qui se retrouve avec trois solutions pour deux cantons. Une jurisprudence fédérale sur la question serait souhaitable, pour mettre un terme au débat. Qu'il nous soit permis de remarquer d'ores et déjà que toutes les juridictions se sont prononcées pour une prolongation du délai de l'article 210 CO dans le contexte du droit uniforme. On peut se demander ce qui justifie que la prescription soit

⁶⁷ La Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription applicable aux contrats de vente internationale de marchandises n'est pas en vigueur en Suisse.

⁶⁸ Cour de Justice de Genève 10 octobre 1997 ; Tribunal de première instance, 14 mars 1997, texte publié in : Sébastien BETTSCHART (édit.) Les ventes internationales : Journée d'étude en l'honneur du Professeur Karl H. Neumayer, Cedidac N. 36, Lausanne 1998, p. 141.

⁶⁹ Vertragsgesetz zum Wiener Kaufrecht (art. 3) reproduite en annexe de Peter SCHLECHTRIEM, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3^{ème} éd., Munich 2000.

⁷⁰ Handelsgericht du canton de Berne, 30 octobre 2001, in: RSDIE I / 2002 p. 142; Handelsgericht du canton de Berne, 17 janvier 2002, in: RSDIE I / 2003, p. 103.

nettement plus rigoureuse pour un consommateur qui acquiert un bien pour son usage personnel⁷¹, que pour un professionnel qui achète à l'étranger une marchandise pour la revendre.

Contravention essentielle. L'originalité de la Convention de Vienne est l'extrême économie dont elle fait preuve dans la casuistique des violations du contrat. Contrairement au Code des obligations qui repose sur de subtiles distinctions (demeure, éviction, défaut rédhibitoire ou non, *aliud*), la CVIM propose un régime commun pour toutes les violations du contrat, et distingue fondamentalement entre les violations graves (contraventions essentielles) et les autres. Le concept de contravention essentielle de l'article 25 CVIM est donc au cœur du système du droit uniforme. Le Tribunal fédéral a eu plusieurs occasions de mieux cerner ce concept. Ainsi a-t-il considéré en septembre 2000 qu'un simple retard peut être considéré comme une contravention essentielle, si la marchandise devait être livrée à une date fixée déterminante pour l'acheteur (par exemple lorsqu'il doit lui-même revendre la marchandise à ses clients à une date précise), et si le vendeur pouvait savoir que cette date était déterminante⁷². Il s'était montré plus rigoureux deux années plus tôt, en indiquant qu'une contravention essentielle, qui ouvre la porte à la résolution du contrat, ne peut être retenue que lorsque les autres moyens de droit de l'acheteur (diminution du prix, dommages et intérêts) paraissent inappropriés. Ce raisonnement, dont on peut remarquer le caractère pour le moins inductif, l'a conduit à écarter la qualification de contravention essentielle pour la livraison d'une viande nettement plus grasse que prévue⁷³.

Contrats de distribution exclusive. Les contrats de distribution exclusive sont des contrats innommés en droit suisse, souvent constitués d'un contrat-cadre fixant les relations entre les parties et de contrats d'exécution multiples portant sur les livraisons de la marchandise. La doctrine et la jurisprudence suisses s'accordent pour appliquer les règles du contrat de vente pour les obligations de livraison, et les règles du contrat d'agence pour la clause d'exclusivité et les obligations de service. Ces contrats étant par nature souvent internationaux, se pose la question

⁷¹ La CVIM ne lui est pas applicable, même si le contrat est international : article 2 lit. a CVIM. L'article 210 CO s'applique donc dans toute sa rigueur. (Note de l'éditeur : voir maintenant l'art. 210 AP-CO [proposant un délai de 2 ans dès la livraison] de l'Avant-Projet de la Loi fédérale sur le commerce électronique, disponible sur <http://www.ofj.admin.ch/fj/index.html>).

⁷² TF, in : SJ 2001 I 304.

⁷³ Arrêt 4C.179/1998 du 28 octobre 1998, résumé in : RSDIE 2 / 1999, p. 179.

de l'application de la CVIM, plutôt que du Code des obligations, à la partie du contrat rattachée à la vente. La jurisprudence cantonale a récemment confirmé l'applicabilité de la CVIM à cette partie du contrat⁷⁴, y compris au contrat-cadre si celui-ci contient déjà des obligations de livraison⁷⁵.

Un patchwork juridique. Cette solution logique crée un curieux régime juridique mariant le droit uniforme, la partie spéciale du Code des obligations (pour les règles sur le contrat d'agence) et la partie générale du Code des obligations (pour les questions non réglées par la CVIM⁷⁶). L'avenir dira si ces alliances inattendues engendrent des solutions équitables. La jurisprudence ne détermine pas si les règles applicables à la conclusion du contrat sont celles de la CVIM, ou celles du Code des obligations. S'agissant d'un contrat innommé, les règles de la partie générale du Code des obligations nous semblent prioritaires, la CVIM ne devant s'appliquer qu'aux questions relevant spécifiquement du contrat de vente.

X. CONCLUSION

Cette sélection (oserions-nous parler de « *best of* » ?) de la jurisprudence fédérale et cantonale récente relative au contrat de vente en confirme la richesse et la variété. Elle confirme également la passion des tribunaux suisses pour des distinctions savantes, parfois inaccessibles à l'usager du droit, comme la distinction entre la vente d'un corps certain et la vente d'une chose de genre, ou la distinction entre un défaut et un *aliud*.

Ces petites classifications académiques créent une curieuse distorsion entre le régime juridique, très dur, auquel est soumis l'acheteur d'un corps certain, et celui, beaucoup plus clément, qui s'applique à l'acheteur d'une chose déterminée par son genre. Le premier, s'il a la naïveté de faire confiance au droit dispositif, tombera dans le piège de l'article 185 al. 1 CO. Si la chose qui lui est livrée est défectueuse, il sera soumis à la très sévère incombance de l'avis des défauts. Il devra affronter le couperet de l'article 210 CO et ne pourra résoudre le contrat que si la chose est totalement inacceptable.

⁷⁴ Tribunal cantonal du canton de Vaud, 8 décembre 2000, *in*: RSDIE 1 / 2002, p. 147.

⁷⁵ Handelsgericht du canton de Zurich, 8 avril 1999, *in*: RSDIE 1 / 2000, p. 113.

⁷⁶ Voir notamment l'article 4 CVIM et *supra*, n. 66.

Par opposition, l'acheteur d'une chose déterminée par son genre est à l'abri de l'article 185 al. 1 CO. Pour peu qu'il ait pris la précaution de détailler les éléments du genre avec force détails, il aura toutes les chances que la livraison d'une chose ne correspondant pas exactement à ses attentes soit considérée comme la livraison d'un *aliud*. Il sera alors soumis aux règles sur l'inexécution, et échappera au devoir d'avis de l'article 201 CO et au couperet de l'article 210 CO. Même si la chose n'est que légèrement différente de ce qui était convenu, il pourra fixer un délai supplémentaire d'exécution au vendeur. A défaut de livraison dans ce délai d'une chose absolument conforme à ce qui était convenu, il pourra résoudre le contrat.

La passion suisse du concept ne semble pas ébranlée par le développement parallèle du droit uniforme de la vente internationale, qui ignore totalement la distinction entre la vente d'un corps certain et la vente d'une chose déterminée par son genre, entre un défaut et un *aliud*. Le concept unique de défaut de conformité s'y substitue, et fait l'objet d'un régime juridique unique. La résolution du contrat est possible si la contravention, quelle qu'en soit la nature, prive substantiellement l'acheteur de ses attentes. La prescription est la même quel que soit le défaut de conformité; elle est en toute hypothèse plus longue que celle de l'article 210 CO. Cette rupture de la Convention de Vienne avec les traditions suisses n'a pas empêché ce droit cosmopolite d'obtenir son certificat d'« *helvétitude* », puisque les tribunaux cantonaux semblent aujourd'hui s'accorder pour considérer qu'une élection de droit suisse emporte l'application du droit uniforme.

La jurisprudence relative au droit suisse de la vente se développe parallèlement à celle qui est consacrée au droit uniforme, sans tenir compte de ses propositions novatrices. Les deux mondes du droit interne suisse et du droit uniforme semblent s'ignorer superbement. Pourtant, les règles de la physique veulent que, dans notre univers convexe, deux parallèles finissent toujours par se croiser. Si le domaine juridique n'échappe pas à ces règles, le droit interne suisse et le droit uniforme finiront par se retrouver à ce point d'intersection que devrait être le sentiment d'équité.