

LE TRANSFERT DES RISQUES DANS LA VENTE INTERNATIONALE

Comparaison entre le Code suisse
des Obligations et la Convention de Vienne
des Nations Unies du 11 avril 1980

Jean-Paul Vulli ty



Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse
des Obligations et la Convention de Vienne
des Nations Unies du 11 avril 1980



COLLECTION GENEVOISE



COLLECTION GENEVOISE

Jean-Paul Vulli ty

Le transfert des risques
dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse
des Obligations et la Convention de Vienne
des Nations Unies du 11 avril 1980

Helbing & Lichtenhahn
Bâle - Genève - Munich 1998

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Vulli ty Jean-Paul:

Le transfert des risques dans la vente internationale: comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980 / Jean-Paul Vulli ty. Faculté de Droit de Genève. – Bâle ; Genève ; Munich : Helbing et Lichtenhahn, 1998

(Collection genevoise)

Zugl.: Genève, Univ., Diss.

ISBN 3-7190-1763-X

Thèse N  712 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l' diteur.

ISBN 3-7190-1763-X

Numéro de commande 21 01763

  1998 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Conception graphique: Vischer & Vettiger, Bâle

Printed in Germany

A la mémoire de mon frère, Marc-Harald

Sommaire

Table des matières	11
Liste des principales abréviations	27
Bibliographie	31
I. Introduction	45
II. Les normes applicables, les conditions de leur mise en œuvre et leurs effets juridiques	
Chapitre 1	
Dans le Code des Obligations	53
Chapitre 2	
Dans la Convention de Vienne des Nations-Unies	155
Chapitre 3	
Vue d'ensemble	219
III. Perte ou détérioration fortuite survenant après le moment du transfert des risques se greffant sur une inexécution du contrat par le vendeur	229
Chapitre 1	
Les éventuels droits et obligations des parties lorsqu'une marchandise entachée de défauts dont le vendeur est garant est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques	229
Chapitre 2	
Le sort des éventuels droits des parties lorsqu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques se greffe sur une demeure du vendeur	267
Chapitre 3	
Vue d'ensemble	287
IV. Le moment auquel le risque du prix passe à l'acheteur	
Chapitre 1	
Contrats de vente impliquant transport des marchandises	291

Chapitre 2	
Ventes de marchandises en transit	347
Chapitre 3	
Ventes «au départ» ou «à l'arrivée» – Dettes quérables ou portables	371
Chapitre 4	
Régime du transfert des risques dans les contrats conclus sous condition	437
V. Considérations finales	451
Short overview	463

Remerciements

J'aimerais exprimer ici toute ma reconnaissance à MM. Gilles PETITPIERRE, Professeur à la Faculté de droit de Genève, et Herbert SCHÖNLE, Professeur honoraire, pour leur soutien, leurs très nombreux conseils et leurs encouragements. L'intérêt qu'ils ont porté à mes travaux n'a pas été limité à la direction de la présente étude. Ils étaient déjà tous deux directeurs d'un mémoire de D.E.S. consacré à un sujet connexe et m'ont permis, par leurs suggestions et corrections, de mener à bien ma thèse de doctorat.

Ces remerciements s'adressent également à MM. Michael R. WILL, Professeur à la Faculté de droit de Genève, et François DESSEMONTET, Professeur à la Faculté de droit de Lausanne, qui, en leur qualité de membres du jury de thèse, ont porté sur mon travail un regard empreint tout à la fois de rigueur scientifique et de bienveillance et m'ont fait part de précieuses recommandations.

Les conseils et les encouragements de l'entourage et des amis, toujours disponibles, toujours ouverts, ont été des appuis indispensables à l'achèvement d'un pareil travail, en particulier dans les moments de doute. Je dois notamment beaucoup aux nombreuses discussions que j'ai eu le privilège d'avoir avec Mme Christine CHAPPUIS, Chargée de cours à la Faculté de droit, et MM. Gabriel AUBERT, Bénédicte FOËX, Jean-François PERRIN, Pierre-Alain RECORDON et Bruno SCHMIDLIN, Professeurs à l'Université de Genève.

Cet ouvrage n'aurait pas vu le jour dans d'aussi bonnes conditions si, au fil des mois, Mme Isaline SEGABRUGO ne m'avait appris, avec une disponibilité toujours renouvelée, d'abord la maîtrise de base, puis les subtilités des traitements de texte. Je dois en outre au dévouement et à la compétence de Mmes Eveline SALVISBERG, Nicole CRAUSAZ et Francine PINGET d'avoir été déchargé de tous les soucis de manutention du texte et d'impression de ses diverses versions.

Le plus grand remerciement, je le dois à ma famille. A Cécile, surtout, pour avoir accepté avec tendresse toutes les privations que cette étude lui a imposées, pour avoir créé autour de moi un foyer merveilleux et pour m'avoir soutenu, jour après jour, avec toute sa force et sa confiance. A mes parents, bien sûr, pour tout ce qu'ils m'ont apporté et permis de réaliser. Enfin, à mon frère Marc-Harald, ce merveilleux ami d'enfance et d'études prématurément disparu, pour les inoubliables discussions à bâtons rompus lors desquelles il a fait naître en moi l'intérêt pour la recherche juridique. C'est avec plaisir que je dédie cette étude à sa mémoire.

Table des matières

Sommaire	7
Remerciements	9
Abréviations	27
Bibliographie	31

I. INTRODUCTION

Le sujet	45
Les objectifs et l'intérêt de l'étude	48
Plan de l'étude et limitations	51

II. LES NORMES APPLICABLES, LES CONDITIONS DE LEUR MISE EN ŒUVRE ET LEURS EFFETS JURIDIQUES

Chapitre 1

Dans le Code des obligations	53
------------------------------------	----

Section A

Impossibilité d'apporter la prestation promise et transfert des risques	53
a. Généralités – risque de l'impossibilité et risque du prix	53
b. Les conditions mises par l'art. 119 al. 1 CO au transfert à l'acheteur du risque de l'impossibilité frappant la prestation du vendeur	57
1. Une impossibilité subséquente, antérieure à l'exécution de la prestation	57
2. Une impossibilité d'exécution	59
3. Une impossibilité durable	59
4. Une impossibilité matérielle ou juridique	61
5. Une impossibilité non imputable au débiteur de la prestation touchée	63

6. Une impossibilité objective	67
aa. Notions	67
bb. Régime juridique de l'impossibilité subséquente objective et subjective: difficultés et controverses	68
cc. Inadéquation des règles sur la demeure dans certains cas critiques d'incapacité subséquente.....	70
i. Vol ou perte du corps certain vendu	70
ii. Marchandises en un lieu inaccessible	72
dd. Essai de solution: recours au critère de l'exécutabilité de la prestation pour délimiter les champs d'application des art. 102 ss CO et 97/119 CO en matière d'impossibilité subséquente	73
c. L'effet juridique de l'art. 119 al. 1 CO: la libération du vendeur, c'est-à-dire le transfert du risque de sa prestation à l'acheteur	75
1. Le moment auquel l'exécution d'une obligation de livrer une chose devient logiquement impossible	76
aa. Dans les ventes portant sur des corps certains	76
bb. Dans les ventes portant sur des choses déterminées par leur genre	76
2. Le moment du transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur	77
aa. Transfert du risque de la prestation du vendeur dans les ventes de choses de genre—l'importance du lieu d'exécution pour la détermination du moment de ce transfert	78
bb. Transfert du risque de la prestation du vendeur en cas de vente d'un corps certain	82

Section B

Questions particulières en rapport avec l'impossibilité.....	86
a. L'impossibilité partielle et subséquente d'exécution, non imputable au débiteur	86
1. Généralités	86
2. Régime juridique	86
aa. Impossibilité partielle, non imputable au débiteur, de livrer toute la quantité convenue («quantitative Teilunmöglichkeit»)	86
bb. Impossibilité partielle, non imputable au débiteur, d'apporter des marchandises de la qualité convenue («qualitative Teilunmöglichkeit»)	88

b.	La remise de valeurs de remplacement	90
1.	Généralités – obligations du débiteur	90
2.	Fondement juridique du droit de l'acheteur à la délivrance des valeurs de remplacement	93
aa.	Valeurs de remplacement reçues d'un assureur couvrant l'impossibilité frappant la prestation du vendeur	93
bb.	Valeurs de remplacement reçues d'un transporteur indépendant responsable de l'impossibilité de la prestation du vendeur	94
cc.	Valeurs de remplacement reçues d'un tiers, responsable extra-contractuel de l'impossibilité de la prestation du vendeur	96
3.	Sort de la contre-prestation du créancier dans un contrat synallagmatique	96
4.	Sort des valeurs de remplacement qui excèdent la valeur de la prestation devenue impossible	98
5.	Application des principes régissant la remise des succédanés lorsque l'objet de la prestation du vendeur réapparaît après la libération du vendeur?	99
c.	L'exorbitance d'une prestation	101
1.	Etat de fait	101
2.	Régime et effet juridiques	102
aa.	En général	102
bb.	Application des art. 119 et 185 CO?	104
d.	L'impossibilité imputable au créancier ou aux deux parties	105

Section C

Conséquences de l'impossibilité d'exécution dans la vente:	
le transfert du risque du prix	107
a.	Généralités et rappels
b.	Conséquences du rapport de dépendance entre les art. 119 al. 1 et 185 CO
1.	Le champ d'application de l'art. 185 CO
aa.	En général
bb.	Le cas particulier des obstacles de nature juridique
2.	Bref résumé chronologique du transfert des risques de la prestation et du prix
3.	Vue d'ensemble
c.	Exceptions et correctifs à la règle de l'art. 185 CO

1. Exceptions résultant de stipulations particulières	118
aa. Les dérogations expresses à l'art. 185 CO résultant de stipulations particulières	118
i. En général	118
ii. Portée, en particulier, d'une dérogation à l'art. 185 CO en faveur des incoterms	119
bb. Les dérogations implicites	122
i. La clause «franco» et les stipulations d'un lieu d'exécution différé	123
ii. La stipulation d'une dette portable dans la vente de choses de genre et de corps certains	124
iii. La stipulation d'une dette sujette à expédition dans les ventes de corps certains	129
iv. La stipulation particulière d'une garantie expresse	130
v. Dérogation implicite du fait de la stipulation «prix contre marchandise»?	132
2. Exceptions résultant de circonstances particulières	133
aa. Circonstances particulières du fait de la vente par le même vendeur de la même chose à plusieurs acheteurs?	133
bb. Circonstances particulières en raison de certains faits ou mesures du vendeur après le moment auquel, normalement, le transfert des risques devrait intervenir?	137
cc. Circonstances particulières du fait que le vendeur n'a pas écarté tout risque qu'il lui eût été objectivement possible de prévenir ?	139
dd. Circonstances particulières du fait de la demeure de l'une des parties ?	140
i. La demeure de débiteur du vendeur	140
ii. La demeure de créancier de l'acheteur	142
3. Correctif à la rigueur de l'art. 185 CO: la remise des valeurs de remplacement	147
aa. Généralités	147
bb. Objections possibles du tiers à l'égard du vendeur	148
cc. Action de l'acheteur contre le tiers et objections de celui-ci	148
dd. Vue d'ensemble et essai d'élimination des objections	149

Chapitre 2

Dans la Convention de Vienne des Nations Unies 155

Section A

Le principe général du transfert des risques – L’art. 66 CV 155

a. Généralités – sens et portée des risques transférés à l’acheteur
par l’art. 66 CV 155

b. Conditions posées par l’art. 66 CV 157

1. Perte ou détérioration de la marchandise 158

aa. Généralités – portée large du terme «perte» 158

bb. *Quid* des interventions de l’autorité publique? 162

cc. Autres événements pouvant survenir aux risques de
l’acheteur? 164

2. Perte ou détérioration survenant après le moment du transfert
des risques à l’acheteur 165

3. Une perte ou une détérioration non imputables à un fait du
vendeur 166

aa. Généralités – le fait du vendeur, une notion controversée 166

bb. Analyse critique de l’approche restrictive 167

i. Une perte ou une détérioration due à une inexécution
par le vendeur d’une obligation contractuelle est un
obstacle à l’application de l’art. 66 CV 167

ii. L’approche restrictive est inexacte au regard de la
genèse de l’art. 66 CV et en outre insatisfaisante
dans certains cas 169

cc. Essai de solution 170

c. Effets juridiques – les risques transférés à l’acheteur 175

1. Le risque du prix 175

aa. Généralités 175

bb. Les cas de perte ou détérioration de la marchandise
postérieurs au moment du transfert des risques dans
lesquels les art. 66 CV ss s’appliquent 176

cc. Les cas de perte ou détérioration de la marchandise
postérieurs au moment du transfert des risques dans lesquels
les art. 66 CV ss ne s’appliquent pas, ou dans lesquels
l’obligation de l’acheteur de payer le prix n’est pas fondée
sur les art. 66 CV ss 177

i. Les cas qui surviennent après la tradition de la chose à
l’acheteur 177

ii. Les cas dont le vendeur répond selon les art. 45 CV ss	177
iii. Les cas qui sont dus à une mesure étatique de type confiscatoire imputable au vendeur	179
2. Le risque de la prestation du vendeur	181
aa. Généralités – le moment à compter duquel l’acheteur perd définitivement tout moyen contre le vendeur	181
bb. Les art. 70 et 79 CV ne sont pas des obstacles au transfert du risque de la prestation, les notions de «contravention essentielle au contrat» (art. 70 CV) et d’«inexécution d’obligation» (art. 79 CV) n’incluant pas les cas visés à l’art. 66 CV	184
cc. Vue d’ensemble	187

Section B

Questions particulières en rapport avec le transfert des risques, au regard notamment de celles abordées en droit suisse	188
a. L’impossibilité objective subséquente d’exécution frappant la prestation du vendeur	188
1. Une notion étrangère au transfert des risques selon la Convention de Vienne	188
2. Une notion dont les effets, hormis en cas de transfert des risques, ne sont pas expressément réglés par la Convention de Vienne	189
b. Exorbitance de la prestation du vendeur	192
1. Un état de fait clairement étranger à la question du transfert des risques	192
2. Excursus: une construction expressément exclue du champ d’application de la Convention de Vienne?	193
c. Perte ou détérioration imputable à l’acheteur ou aux deux parties	196

Section C

Exceptions aux règles de la Convention de Vienne sur le transfert des risques et correctifs	198
a. Les exceptions	198
1. Les dérogations expresses	198
2. Les dérogations implicites 196	199
aa. Dérogation implicite du fait d’une garantie particulière promise par le vendeur ?	199

bb.	Dérogation implicite du fait de la stipulation d'une clause d'attribution des coûts du transport?	202
cc.	Dérogation implicite du fait de la stipulation d'une dette portable ou d'une dette sujette à expédition?	203
dd.	Dérogation implicite du fait d'une stipulation «prix contre marchandise»?	203
3.	Exception aux règles sur le transfert des risques en raison de circonstances particulières?	204
aa.	La vente de la chose à plusieurs acheteurs différents	204
bb.	Mesures prises par le vendeur après le moment du transfert des risques	207
cc.	La demeure de l'une des parties	208
i.	La demeure du vendeur	208
ii.	La demeure de l'acheteur	211
b.	Les correctifs	216
1.	Les valeurs de remplacement	216
Chapitre 3		
Vue d'ensemble		219

**III. PERTE OU DÉTÉRIORATION FORTUITE SURVENANT
APRÈS LE MOMENT DU TRANSFERT DES RISQUES
SE GREFFANT SUR UNE INEXÉCUTION
DU CONTRAT PAR LE VENDEUR**

Chapitre 1

Les éventuels droits et obligations des parties lorsqu'une marchandise entachée de défauts dont le vendeur est garant est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques 229

Section A

Dans le Code des obligations 229

a. Généralités et aperçu des moyens à disposition de l'acheteur en cas de livraison d'une chose défectueuse 229

b. La disparition ou l'altération fortuite, après le moment du transfert des risques, d'une marchandise défectueuse ne porte aucune atteinte aux droits de l'acheteur découlant de la garantie du vendeur 230

 1. Principes de base 230

2. Effets des actions édiliciennes à disposition de l'acheteur sur son obligation de payer le prix au titre du transfert des risques	232
aa. La résolution du contrat	232
bb. La réduction du prix	233
3. Le cas particulier du cas fortuit frappant un ensemble de pièces (cargaison) ou plusieurs choses dont certaines sont défectueuses	233
4. Le cas particulier du remplacement d'une chose de genre défectueuse malgré sa perte ou sa détérioration fortuite après le moment du transfert des risques	235
aa. Généralités et champ d'application de l'art. 206 CO	235
bb. Remplacement d'une chose de genre défectueuse malgré sa perte ou détérioration fortuite	237
cc. Le cas particulier de la perte ou détérioration fortuite d'un <i>aliud</i> après le moment du transfert des risques	239
 Section B	
Dans la Convention de Vienne	242
a. Aperçu des règles applicables lorsqu'une marchandise présente des défauts de conformité	242
1. Régime juridique identique en cas de livraison d'un <i>aliud</i> ou d'une marchandise défectueuse	242
2. Aperçu des moyens à disposition de l'acheteur en cas de défaut de conformité	246
b. Perte ou altération fortuite après le moment du transfert des risques d'une marchandise affectée d'un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle au contrat	247
1. Les droits de l'acheteur en raison d'un défaut constitutif d'une contravention essentielle ne sont pas affectés par l'événement fortuit	247
2. Effets d'une résolution du contrat par l'acheteur sur son obligation de payer le prix au titre du transfert des risques	251
aa. En général	251
bb. Le cas particulier du cas fortuit frappant une cargaison ou plusieurs pièces différentes, dont certains éléments sont défectueux – droit de résolution partielle	252

3. Le cas particulier du remplacement d'une chose de genre défectueuse, malgré sa perte ou sa détérioration fortuite après le moment du transfert des risques	253
4. Perte ou détérioration fortuite d'un <i>aliud</i> après le moment du transfert des risques	256
aa. Généralités et rappels	256
bb. L'individualisation d'un <i>aliud</i> n'est pas un obstacle au transfert des risques	258
cc. Conséquences d'une perte ou d'une détérioration fortuite d'un <i>aliud</i> après le moment du transfert des risques	261
c. Les autres moyens à disposition de l'acheteur en cas de contravention essentielle ou non essentielle – leur sort et leur exercice en cas de perte ou de détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques	261
1. L'action en réparation	262
2. L'action en réduction de prix	264
3. L'action en dommages-intérêts	265

Chapitre 2

Le sort des éventuels droits des parties lorsqu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques se greffe sur une demeure du vendeur	267
---	-----

Section A

Dans le Code des obligations	268
a. Rapports entre demeure du vendeur et événement fortuit	268
b. Aperçu du régime juridique de la demeure qualifiée et non fautive du vendeur – les moyens à disposition de l'acheteur – leur sort et leurs effets en cas d'événement fortuit survenant après l'exécution tardive de la prestation	269
1. Régime juridique de la demeure qualifiée du vendeur dans une vente civile	269
2. Régime juridique de la demeure qualifiée du vendeur dans une vente commerciale à terme strict	272

3. Y a-t-il transfert des risques, et le cas échéant comment est-il réglé et quels sont les droits de l'acheteur, lorsque la prestation en souffrance est exécutée avant que l'acheteur ait pu exercer son choix selon les art. 107 al. 2 ou 190 CO et que la marchandise est alors fortuitement altérée ou perdue?	272
aa. Le vendeur sait ou doit savoir que l'acheteur ignore l'existence d'une demeure qualifiée	274
bb. Le vendeur sait que l'acheteur est informé de la demeure qualifiée	276
 Section B	
Dans la Convention de Vienne	277
a. Rapports entre demeure du vendeur et événement fortuit	277
b. Aperçu du régime juridique de la demeure du vendeur selon la Convention de Vienne et des moyens à disposition de l'acheteur – le sort et les effets de ceux-ci en cas d'événement fortuit survenant après l'exécution tardive de la prestation	278
1. En cas de demeure constitutive d'une contravention essentielle au contrat	279
2. En cas de demeure non constitutive d'une contravention essentielle au contrat	281
c. Comparaison entre le Code des Obligations et la Convention de Vienne à la lumière d'un cas de perte fortuite de la marchandise survenant après une exécution tardive par le vendeur, non sollicitée par l'acheteur	281
1. L'inobservation du terme d'exécution constitue une contravention essentielle au contrat	282
2. L'inobservation du terme d'exécution ne constitue pas une contravention essentielle au contrat	285
 Chapitre 3	
Vue d'ensemble	287

IV. LE MOMENT AUQUEL LE RISQUE DU PRIX PASSE À L'ACHETEUR

Chapitre 1

Contrats de vente impliquant transport des marchandises	291
---	-----

Section A

La solution de la Convention de Vienne selon l'article 67 CV	291
a. Structure de l'art. 67 CV	291
b. Les éléments communs aux deux hypothèses de l'alinéa 1	292
1. Un contrat impliquant transport des marchandises	292
2. La mise en œuvre d'un transporteur	292
aa. Un transporteur indépendant des parties	292
bb. Un transporteur indépendant mandaté par l'acheteur ou par le vendeur	295
cc. <i>Quid</i> de la remise à un commissionnaire-expéditeur?	297
3. Individualisation des marchandises déterminées par leur genre	300
aa. En général	300
bb. Le cas particulier du transport en vrac ou groupé	302
4. Les documents représentatifs des marchandises	304
c. Considérations propres à l'art. 67 al. 1 CV, 1 ^{ère} phrase	304
d. Considérations propres à l'art. 67 al. 1 CV, 2 ^e phrase	308
e. Le moment déterminant pour le transfert des risques: la remise au transporteur indépendant – une notion parfois imprécise	312
f. Questions particulières	315
1. L'effet d'une carence de l'acheteur sur le transfert des risques	315
2. Effets sur le transfert des risques du droit du vendeur d'interrompre le transport de la marchandise	315

Section B

La solution du Code des Obligations	317
a. Les ventes sujettes à expédition – généralités	317
b. Les conditions du transfert des risques dans les ventes sujettes à expédition portant sur des choses de genre	318
1. Individualisation	319
2. L'expédition de la marchandise	320
aa. Obligation accessoire du vendeur d'expédier la marchandise	320
bb. Obligation du vendeur de se dessaisir de la marchandise	321
i. Mise en œuvre d'un transporteur indépendant	321
ii. <i>Quid</i> du transport par le personnel du vendeur?	321
iii. <i>Quid</i> de la remise à un commissionnaire-expéditeur?	323
cc. L'expédition à l'acheteur	325
c. Effet juridique et questions particulières	326
1. Effet juridique	326

aa.	Transfert des risques lors de l'expédition d'une marchandise individualisée	326
bb.	Le moment déterminant pour le transfert des risques: celui du dessaisissement – une notion parfois imprécise ...	329
2.	Questions particulières au regard de celles examinées dans le cadre de la Convention de Vienne	330
aa.	Le transport en vrac ou groupé	330
bb.	Remise de la marchandise en un lieu particulier	331
cc.	Droit du vendeur d'interrompre le transport et conséquences éventuelles sur le transfert des risques?	333
dd.	Rôle des documents représentatifs des marchandises?	334
d.	Les conditions du transfert des risques dans les ventes sujettes à expédition portant sur des corps certains	334
 Section C		
	Les Incoterms (aperçu)	337
a.	Principes généraux des clauses «F» et «C»	337
b.	Principaux éléments des clauses essentielles	339
1.	FCA (Free carrier)	339
2.	FAS (Free alongside Ship)	341
3.	FOB (Free on Board)	342
4.	CFR/CIF (Cost and Freight/Cost, Insurance and Freight)	343
5.	CPT/CIP (Carriage paid to/Carriage and Insurance paid to) ...	344
 Section D		
	Vue d'ensemble	345
 Chapitre 2		
	Ventes de marchandises en transit	347
 Section A		
	La solution de la Convention de Vienne selon l'art. 68 CV	347
a.	Aperçu du problème	347
b.	L'art. 68 CV, 2e phrase	349
1.	Conditions et champ d'application	349
aa.	Les circonstances impliquant un transfert des risques rétroactif	349
bb.	La remise des marchandises à un transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport	353

2. Effet juridique	355
aa. En général	355
bb. Validité au regard du droit suisse	357
c. Le champ d'application et les conséquences de l'art. 68 CV, 3e phrase	359
d. La portée (résiduelle) de l'art. 68 CV, 1ère phrase	365
e. Le cas particulier du transport en vrac	365
 Section B	
La vente de marchandises en transit selon le Code des obligations – comparaison avec la Convention de Vienne	367
 Section C	
Les Incoterms (aperçu)	369
 Chapitre 3	
Ventes «au départ» ou «à l'arrivée» – Dettes quérables ou portables	371
Section A	
La solution de la Convention de Vienne selon l'article 69 CV	371
a. Ventes «au départ» ou sur place – art. 69 al. 1 CV	372
1. Les conditions de l'art. art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase	372
aa. Mise à disposition des marchandises	372
bb. Le retrait des marchandises par l'acheteur	375
2. Les conditions de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase	376
aa. Mise à disposition d'une marchandise individualisée	376
bb. Information de l'acheteur de la mise à disposition	378
cc. Demeure de l'acheteur de prendre livraison, constitutive d'une contravention au contrat	378
3. L'effet juridique	383
aa. La règle	383
bb. L'exception	384
cc. Deux cas particuliers: la mise à disposition anticipée et la mise à disposition tardive.	385
b. Ventes avec remise à l'acheteur en un lieu autre qu'un établissement du vendeur – art. 69 al. 2 CV	386
1. Conditions	386

aa. Un contrat fondant l'obligation de l'acheteur de retirer les marchandises en un lieu d'exécution distinct d'un établissement du vendeur	386
bb. Obligation du vendeur de livrer les marchandises à l'acheteur en un lieu autre qu'un de ses établissements	388
cc. L'acheteur doit être informé de la mise à disposition	391
dd. La livraison doit être due	393
2. Effet juridique	394
c. Les cas réglés tantôt par l'art. 67, tantôt par l'art. 69 CV	397

Section B

La solution du Code des Obligations	400
a. Les ventes avec dette quérable	400
1. Définitions et délimitations	400
2. Le transfert du risque du prix en cas de vente avec dette quérable portant sur une chose déterminée par son genre.	402
aa. Base légale et conditions	402
i. L'individualisation de la chose destinée à l'acheteur ...	403
ii. L'individualisation au lieu d'exécution	403
iii. Nécessité d'un avis à l'acheteur relatif à l'individualisation?	407
bb. Effet juridique – le transfert des risques dès que la chose de genre est individualisée au lieu d'exécution	408
3. Le transfert du risque du prix en cas de vente avec dette quérable portant sur un corps certain	409
aa. Régime juridique et conditions	409
bb. Effet juridique – le transfert des risques dès que le corps certain est au lieu d'exécution	412
4. Vue d'ensemble et comparaisons	413
b. Les ventes avec dette portable	415
1. Délimitations et définitions	415
2. Le régime juridique et les conditions du transfert du risque du prix en cas de vente avec dette portable portant sur une chose déterminée par son genre.	417
aa. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO	417
i. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase	418
ii. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase.	418
bb. Les conditions du transfert du risque du prix	419

i. Le transfert du risque de la prestation du vendeur – rappels et précisions	419
ii. Une condition particulière du transfert du risque du prix dans les ventes avec dette portable portant sur une chose de genre: la demeure de créancier de l'acheteur	421
3. Effet juridique	424
4. Le régime juridique du transfert du risque du prix en cas de vente avec dette portable portant sur un corps certain	426
c. Vue d'ensemble et comparaisons	428

Section C

Les Incoterms (aperçu)	431
a. Ventes au départ ou avec dette quérable	431
1. Incoterm EXW (Ex Works)	431
b. Ventes à l'arrivée ou avec dette portable	432
1. Incoterms DES (Rendu Ex Ship) et DEQ (Rendu A Quai)	432
2. Incoterm DAF (Rendu Frontière)	434
3. Incoterms DDU (Rendu Droits Non Acquittés) et DDP (Rendu Droits Acquittés)	435

Chapitre 4

Régime du transfert des risques dans les contrats conclus sous condition	437
--	-----

Section A

La solution du Code des Obligations	437
a. Le transfert des risques dans les contrats de vente conclus sous condition suspensive	437
1. Dans les contrats de vente portant sur des choses déterminées par leur genre	437
2. Dans les contrats de vente portant sur un corps certain	439
b. Le transfert des risques dans les contrats de vente conclus sous condition résolutoire	440
1. Dans les contrats de vente portant sur des choses déterminées par leur genre	440
2. Dans les contrats de vente portant sur des corps certains	443

Section B	
La solution de la Convention de Vienne	445
a. Généralités	445
b. Régime du transfert des risques en cas de contrat conclu sous condition suspensive	447
c. Régime du transfert des risques en cas de contrat conclu sous condition résolutoire	449
Section C	
Les incoterms (aperçu)	450

V. CONSIDÉRATIONS FINALES

Le cercle des événements fortuits susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur	451
Le moment du transfert du risque de la prestation	453
Les différents moments de transfert du risque du prix	454
L'effet d'une carence de l'acheteur sur le transfert des risques	458
L'absence d'incidence d'une inexécution du contrat sur le transfert des risques	458
Vue d'ensemble	459
Short overview	463

Liste des principales abréviations

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien)
Abs.	Absatz (alinéa)
Abt.	Abteilung (section)
aCO	Code des Obligations du 14 juin 1881
al.	alinéa
all.	allemand
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
art.	article
AT ou A.T.	allgemeiner Teil (partie générale)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
Bd.	Band (volume ou tome)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, du 18 août 1896
BT ou B.T.	besonderer Teil (partie spéciale)
Bull. stén.	bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale
c.	considérant
CC ou CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCFr	Code civil français du 21 mars 1804
CCI	Chambre de Commerce Internationale, Paris
CCIt	Code civil italien
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
ch.	chiffre
CISG	UN Convention for the International Sale of Goods (April 11th, 1980) (en français CV ou CVIM; en allemand WKR)
CLOUT	Case Law on UNCITRAL Texts, Vienne
CLUNET	Journal du Droit International, Paris (fondé par Ed. Clunet)
CN	Conseil national
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (en anglais UNCITRAL)
CO	Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse)

CV (ou CVIM)	Convention de Vienne (Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises) du 11 avril 1980 (en anglais CISG; en allemand, le plus fréquemment, WKR)
éd.	édition
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen, La Haye, 1er juillet 1964 (en français LUVI; en anglais ULIS)
env.	environ
etc.	et caetera
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse, Berne
fr.	français
hA	Herrschende Auffassung (opinion dominante)
hL	Herrschende Lehre (doctrine dominante)
ISDC	Institut suisse de droit comparé, Lausanne
JT	Journal des tribunaux, Lausanne
LDIP	loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé
litt.	<i>littera</i> (lettre)
loc. cit.	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
LUVI	Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, La Haye, 1er juillet 1964 (en allemand EKG; en anglais ULIS)
n.	note (dans les commentaires ou en bas de page)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht, Munich
n.t.	non traduit (en français)
op. cit.	opus citatum (l'ouvrage indiqué)
OR	Obligationenrecht
p. ex.	par exemple
p./pp.	page/pages
par.	paragraphe
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDS	Revue de droit suisse, Bâle (en allemand: ZSR)
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
réf.	référence(s)

ABRÉVIATIONS

rés.	résumé
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich (en allemand: SJZ)
s./ss	suiwant(e)/suiwant(e)s
sect.	section
SJ	Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zurich (en français: RSJ)
t.	tome
TF	Tribunal fédéral
ULIS	Uniform Law for the International Sale of Goods, La Haye, 1er juillet 1964 (en français LUVI; en allemand EKG)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (CNUDCI)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé, Rome
Vorbem.	Vorbemerkungen (remarques préliminaires)
WKR	Wiener Kaufrecht (en français CV; en anglais CISG)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Berne (en français RSJB)
ZGB	Zivilgesetzbuch (CCS)

Nb: lorsqu'un arrêt ou un ouvrage cités comportent deux références de pages, la seconde, soulignée, indique le passage topique.

Bibliographie

Pour les thèses, l'Université où elles ont été présentées est mentionnée entre parenthèses si ce lieu ne coïncide pas avec le lieu de l'édition.

Etat des publications à fin juin 1998.

Commentaires, ouvrages collectifs, monographies, thèses et articles

- AEPLI, V.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V/1h, 1. Lieferung 1: Art. 114-126 OR*, 3e édition, Zurich 1991.
- AICHER, J.: «Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre, Ein Beitrag zur wesentlichen Vertragsverletzung und zur *aliud*-Lieferung im UN-Kaufrechtsübereinkommen», in: Hoyer/Posch (éditeurs), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, Vienne 1992, pp. 111 ss.
- ALCOVER GARAU, G.: *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, derecho español e internacional*, Madrid, 1991.
- AUDIT, B.: *La vente internationale de marchandises, Convention de Vienne du 11 avril 1980*, Paris 1990.
- BALMER, H.: *Die besonderen Verhältnisse in der Gefahrtragung beim Kaufvertrag nach schweizerischem Recht*, thèse, Bâle 1934.
- BARTH, H.-R.: *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung*, thèse, Zurich 1957.
- BECKER, H.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, art. 1-183 OR*, 2e édition, Berne 1941.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, art. 184-551 OR*, Berne 1934.
- BERNSTEIN, H./LOOKOPFSKY, J.: *Understanding CISG in Europe*, La Haye/Londres/Boston, 1997.
- BESSON, C.: *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances*, thèse, Lausanne 1955.
- BIANCA, C.M.: «Commentaire des art. 35 à 38 CV», in: Bianca/Bonell, (éditeurs), *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987.

- BISCHOFF, J.: «Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Risiko- und Leistungsabstimmung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen», *Zürcher Studien zum Privatrecht*, no 28, Zurich 1983.
- BREDOW, J./SEIFFERT, B.: *INCOTERMS 1990, Wegweiser für die Praxis*, Bonn 1990.
- BUCHER, E.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2e édition édition, Zurich 1988 (cité: BUCHER, A.T.).
Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3e édition, Zurich 1988 (cité: BUCHER, B.T.).
 «Gefahrenübergang», in: *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Zurich 1985, pp. 207 ss (cité: BUCHER, Colloque de Lausanne de l'ISDC).
 «Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht», in: Caroni (éditeur), *Das Obligationenrecht 1883-1983*, Berne et Stuttgart 1984, pp. 139 ss (cité: BUCHER, Das OR 1883-1983).
 «Notizen zu art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)», in: RDS 89/1970 I, pp. 281 ss (cité: BUCHER, RDS 1970 I).
- BÜREN, B. VON: *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zurich 1972 (cité: VON BÜREN, B.T.).
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964 (cité: VON BÜREN, A.T.).
- BURKART, F./KOCH, D.: ««UNIDROIT Principles» - eine neue Rechtsgrundlage für internationale Verträge», in: *Revue suisse de droit des affaires*, 1998, 2e cahier, pp. 68 ss.
- BURKHARDT, M.: *Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts*, Berne, Stuttgart et Vienne, 1997.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Commentaire des art. 66 à 70 CV», in: Luis Diez-Picazo y Ponce de León (éditeur), *La Compraventa Internacional de Mercaderias, Commentario de la Convencion de Viena*, Madrid, 1998.
- CAVIN, P.: *Traité de droit privé suisse, tome VII, 1: Vente, Echange, Donation*, Fribourg 1978, pp. 5 ss (cité: CAVIN).
Schweizerisches Privatrecht, Band VII: Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband: Kauf, Tausch und Schenkung, Bâle/Stuttgart 1977, pp. 1 ss (version allemande du précédent citée: CAVIN, all.).
- CAYTAS, Y.: *Der unerfüllbare Vertrag*, thèse, St. Gall 1984.
- CORTESI, O.: «Die Kaufpreisgefahr, Eine dogmatische Analyse des schweizerischen Rechts aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Doppelverkaufs», *Zürcher Studien zum Privatrecht*, no 121, Zurich 1996.

- DERAINS, Y.: «Transfert des risques de livraison», in: Derains et Ghestin (éditeurs), *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS*, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Paris 1990, pp. 127 ss.
- DESCHENAUX, H.: «La révision des contrats par le juge», in: *RDS* 61/1942 pp. 509a ss (cité: DESCHENAUX, *RDS* 61/1942).
- DESCHENAUX, H./TERTCIER, P.: *La responsabilité civile*, 2e édition, Berne 1982 (cité: DESCHENAUX/TERTCIER).
- EBERSTEIN, H.H.: «Commentaire des art. 78 et 85 à 88 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995.
- EGLI, W.: *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*, thèse, Zurich 1926.
- EHRAT, F.: «Commentaire des art. 151 à 163 CO», in: Honsell/Vogt/Wiegand (éditeurs), *Obligationenrecht I, art. 1-529 OR*, 2e édition, Bâle 1996 (cité: EHRAT, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND).
- EISEMANN, Fr./MELIS, W.: *INCOTERMS - Ausgabe 1980, Kommentar*, Vienne 1982 (cité: EISEMANN/MELIS).
- EISEMANN, Fr.: *Usages de la vente commerciale internationale, INCOTERMS: aujourd'hui et demain*, 2e édition, Paris 1980 (cité: EISEMANN).
- ENDERLEIN, F./MASKOW, D./STARGARDT, M.: *Kommentar - Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (...)*, Berlin (RDA) 1985.
- ENDERLEIN, F./MASKOW, D./STROHBACH, H.: *Internationales Kaufrecht. Kaufrechtskonvention, Verjährungs-konvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention*, Berlin 1991.
- ENGEL, P.: *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2e édition, Berne 1997 (cité: ENGEL).
Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992 (cité: ENGEL, Contrats).
- ERDEM, H. E.: *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980*, thèse, Fribourg 1990.
- ERNST, W.: «*Periculum est emptoris*», in: *Savigny Zeitschrift* 99/1982, Romanistische Abteilung, pp. 216 ss.
- FINKE, K.: *Die Bedeutung der internationalen Handelsklausen für den Gefahrübergang nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des Haager Einheitlichen Kaufrechts und des UNCITRAL-Kaufrechts am Beispiel der Klausen cif, fob und der Klauseln des Ankunftsvertrages*, Francfort s/ Main, 1984.

- GAUCH, P.: *Der Werkvertrag*, 3e édition, Zurich 1985 (cité: GAUCH).
- GAUCH, P./SCHLUEP, W.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2 tomes, 6ème édition, Zurich 1996 (cité: GAUCH/SCHLUEP).
- GAUCH, P./SCHLUEP, W./JÄGGI, P.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2 tomes, 3e édition, Zurich 1983 (cité: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI).
- GAUCH, P./SCHLUEP, W./TERCIER, P.: *Partie générale du droit des obligations, sans la responsabilité civile*, 2e édition, 2 tomes, Zurich 1982 (cité: GAUCH/SCHLUEP/TERCIER).
- GEIST, R.: «Die Gefahrtragung nach dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf», in: *Wirtschaftliche Blätter*, cahier no 10, octobre 1988, pp. 349 ss.
- GIGER, H.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, art. 184-215 OR*, Berne 1979.
- GREWAL, S.: «Risk of Loss in Goods Sold During Transit, A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act», in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 14, 1991, pp. 93 ss.
- GUÉDON, J.: *Les INCOTERMS et leur usage professionnel*, Paris/Milan/Barcelone 1996.
- GUHL, T.: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8ème édition préparée par Koller, A. et Druey, J.-N. sur la base des travaux de la 7ème édition de Merz, H., et Kummer, M., Zurich 1991 (cité: GUHL/MERZ/KOLLER).
- HAGER, G.: «Commentaire des art 53 à 70 CV», in: Schlechtriem (éditeur), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998 (cité: HAGER, in: SCHLECHTRIEM Commentary) (version anglaise du suivant).
- «Commentaire des art 53 à 70 CV», in: von Caemmerer/Slechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995 (cité: HAGER).
- «Gefahrtragung nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB», in: Schlechtriem (éditeur), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 387 ss, (cité: HAGER, Gefahrtragung).
- HEGETSCHWEILER, J.: *La vente à distance*, thèse, Genève 1960.
- HERBER, R.: «Commentaire des art. 1 à 7, 10, art. 89 à 101 CV», in: von Caemmerer/Slechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995.

- HERBER, R./CZERWENKA, G.B.: *Internationales Kaufrecht, Kommentar zum Kauf-übereinkommen*, Munich 1991.
- HEUZE, V.: *La vente internationale de marchandises - droit uniforme*, Paris 1992.
- HOFFMANN, B. VON: «Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht verglichen mit dem EKG und BGB», in: Schlechtriem (éditeur), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 293 ss (cité: von HOFFMANN, Gewährleistungsansprüche).
- «Passing of Risk in International Sales of Goods», in: Sarcevic/Volken (éditeurs), «International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures», New York/Londres/Rome 1986, pp. 265 ss (cité: von HOFFMANN).
- HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2e édition, Deventer et Boston 1991 (cité: HONNOLD).
- Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer 1989 (cité: HONNOLD, Documentary History).
- «Risk of Loss», in: Galston/Smit (éditeurs), *International Sales*, New York 1984, chap. 8, pp. 8-1 à 8-15 (cité: HONNOLD, in: GALSTON/SMIT).
- «Uniform law and Uniform Trade Terms - Two Approaches to a Common Goal», in: Horn/Schmitthoff (éditeurs), *The transnational Law of International Commercial Transactions: Studies in Transnational Economic Law*, Deventer 1982, pp. 161 ss (cité: HONNOLD, in: HORN/SCHMITTHOFF).
- HONSELL, H.: «Commentaire des art. 192 à 210, 217 et 219 CO», in: Honsell/Vogt/Wiegand (éditeurs), *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e édition, Bâle 1996 (cité: HONSELL, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND).
- HOUTTE, H. van/ERAUW, J./WAUTELET, P.: *Het Weens Koopverdrag*, Anvers et Groningue, 1997.
- HUBER, U.: «Commentaire des art. 28, 30 à 34, 44 à 52 CV», in: von Caemmerer/Slechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995 (cité: HUBER).
- «Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge», in: *RabelsZ* 43 (1979), pp. 413 ss. (cité: HUBER, *RabelsZ*).
- IMBERG, A.: *Die Verteilung der Beweislast beim Gefahrübergang nach UN-Kaufrecht*, thèse (Mainz), Francfort s/ Main, 1998.
- JÄGGI, P./GAUCH, P.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V.1b: Kommentar zu Art. 18 OR*, 3e édition, Zurich 1980.
- JUNOD, Chs-A.: *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 14, Genève 1956.
- KAHN, Ph.: *La vente commerciale internationale*, Paris 1961.

- KASER, M.: *Das römische Privatrecht*, 2 volumes, 2e éd., Munich 1971/1975.
- KAROLLUS, M.: *UN-Kaufrecht: Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Vienne, 1991.
- KELLER, M./FISCHER, W.: «Mechanismus der Gefahrtragung des Käufers, eine dogmatische Analyse», in: Sturm (éditeur) *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, pp. 137 ss (cité: KELLER / FISCHER).
- KELLER, M./LÖRTSCHER, Th.: *Kaufrecht, Eine systematische Darstellung*, 2e édition, Zurich 1986 (cité: KELLER, M./LÖRTSCHER).
- KELLER, M./SCHÖBI, Chr.: *Das schweizerische Schuldrecht, Eine systematische Darstellung, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3e édition, Bâle et Francfort s/ Main 1988 (cité: KELLER, M./SCHÖBI, t. I).
- Das schweizerische Schuldrecht, Eine systematische Darstellung, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*, Bâle et Francfort s/ Main 1984 (cité: KELLER/SCHÖBI, t. IV).
- KELLER, M./SIEHR, K.: *Kaufrecht*, 3e édition, Zurich 1995 (cité: KELLER / SIEHR).
- KOLLER, A.: «Commentaire des art. 184 à 191, 211 à 215 et 220-221 CO», in: Honsell/Vogt/Wiegand (éditeurs), *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e édition, Bâle 1996 (cité: KOLLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, tome I, Berne 1996 (cité: KOLLER, Schweizerisches OR).
- KOSTKIEWICZ, J. K./SCHWANDER, I.: «Zum Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts-übereinkommens», in: *Emptio-Venditio inter Nationes, Mélanges K. H. Neumayer*, Bâle 1997, pp. 339 ss.
- KRAMER, E./SCHMIDLIN, B.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986.
- LE MASSON, D.: «Les INCOTERMS», in: Derains et Ghestin (éditeurs), *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS*, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Paris 1990, pp. 35 ss.
- LESER, H. G.: «Commentaire des art. 26, 71 à 73 et 81 à 84 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995.
- LICHTSTEINER, R.A.: «Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire (présentation et comparaison avec le droit suisse)», in: Dessemontet (éditeur), *Les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne 1991, pp. 181 ss (traduction française par Catherine MING).

- LINDACHER, W.: «Gefahrtragung und Gefahrübergang», in: Hoyer/Posch (éditeurs), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, Vienne 1992, pp. 165 ss.
- LOEWE, R.: *Internationales Kaufrecht, Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. April 1980 und New Yorker UN-Verjährungsübereinkommen vom 14. Juni 1974 samt Protokoll vom 11. April 1980*, Vienne 1989.
- MARCHAND, S.: *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale, Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, thèse (Genève), Bâle et Francfort s/ Main 1994.
- MERTENS, H.-J./REHBINDER, E.: *Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen*, Francfort s/ Main, 1975.
- MERZ, H.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I/1: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB*, Berne 1966.
- MEYLAN, Ph.: «*Periculum est emptoris*, Explication historique de l'art. 185 al. 1 CO», in: *Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl*, Zurich 1950, pp. 9 ss.
- NEUMAYER, K./MING, C.: *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausanne 1993 (cité: NEUMAYER / MING).
- NEUMAYER, K.: «Remarques préliminaires aux art. 96-101 LUVI et Commentaire des art. 96-101 LUVI», in: Dölle, (éditeur), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Munich 1976 (cité: NEUMAYER in DÖLLE).
- NICHOLAS, B.: «Passing of risk (art. 66-70)», in: Bianca/Bonell (éditeurs), *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987 (cité: NICHOLAS).
«Force majeure and Frustration», in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, pp. 231 ss (cité: NICHOLAS, Force majeure and Frustration).
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil. (Halbband): Art. 184-418*, 2e édition, Zurich 1936.
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183, 2e édition, Zurich 1929.
- PETITPIERRE, G.: «Les fondements de la responsabilité civile», in: RDS 116 (1997), 1. Halbband, pp. 273 ss (cité: PETITPIERRE, Les fondements de la RC).
«Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie», in: *Mélanges Halûk Tandogan*, Ankara 1990, pp. 165 ss (cité: PETITPIERRE, Mélanges Tandogan).

- «L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'art. 208/II du Code des obligations», in: *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, pp. 329 ss (cité: PETITPIERRE, in *Mélanges Deschenaux*).
- PICHONNAZ, P.: *Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, thèse, Fribourg (Suisse), 1997.
- PFAMMATTER, P.: *Der Anspruch auf das Stellvertretende Commodum*, thèse, Berne 1983.
- PILTZ, B.: *UN-Kaufrecht, Gestaltung von Export- und Importverträgen - Wegweiser für die Praxis*, 2e édition, Bonn 1996 (cité: PILTZ, UN-Kaufrecht).
Internationales Kaufrecht – Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, Munich 1993 (cité: PILTZ).
- PIOTET, P.: *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers? (Drittschadensliquidation)*, Berne, 1994
- POROY, R.: *Le transfert des risques dans le contrat de vente, dans les droits suisse et anglais et dans le projet de loi internationale sur la vente de l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé*, thèse, Genève 1950.
- POSCH, W.: «Pflichten des Käufers, Rechtsbehelfe des Verkäufers, Gefahrenübergang und Schadenersatz», in: Doralt (éditeur), *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht*, Vienne 1985, pp. 153 ss.
- RABEL, E.: «Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes», in: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, no 9 (1935), pp. 1-79 et 339-363 (cité: RABEL, in: *Rabels Zeitschrift* 1935).
- RAMBERG, J.: *Guide des INCOTERMS 1990*, Publication no 461/90 de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, Paris 1991 (cité: *Guide des INCOTERMS*).
- REINHART, G.: *UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Heidelberg 1990.
- RENCK, A. W.: *Der Einfluss der INCOTERMS 1990 auf das UN-Kaufrecht, Eine Untersuchung zu den rechtlichen Wirkungen der INCOTERMS 1990 im Recht des internationalen Warenkaufs*, thèse (Hambourg), Münster 1995.
- RIMLE, A.: *Der erfüllte Schuldvertrag: vom Einfluss auf die Entstehung des Vertrags und von weiteren Wirkungen der Vertragserfüllung*, thèse, Fribourg 1995.
- ROTH, P.M.: «The Passing of Risk», in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, pp. 291 ss.
- RUDOLF, H.: *Kaufrecht der Export- und Importverträge, Kommentierung des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis*, Fribourg (RFA) et Berlin, 1996.

- SCHLECHTRIEM, P.: *Internationales UN-Kaufrecht, Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Tübingen 1996 (cité: SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht).
- «Commentaire des art. 11 à 25, 27 et 29 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995 (cité: SCHLECHTRIEM).
- Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienne 1986 (cité: SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law) (version anglaise du suivant).
- Einheitliches UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge - Darstellung und Texte*, Tübingen 1981 (cité: SCHLECHTRIEM, Einheitliches UN-Kaufrecht).
- SCHMIDLIN, B./CANNATA, C.-A.: *Droit privé romain, tome II: Obligations - Successions - Procédures*, Lausanne 1987.
- SCHMUTZ, P.: *Die Gefahrentragung beim Kaufvertrag nach schweizerischem und UNCITRAL-Kaufrecht*, thèse, Bâle 1983.
- SCHÖNENBERGER, W./JÄGGI, P.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V.1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, 3e édition, Zurich 1973.
- SCHÖNLE, H.: «Remarques préliminaires et commentaire des art. 66 à 70 CV», in: Honsell (éditeur) *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin/Heidelberg 1997 (cité: SCHÖNLE, in: HONSELL).
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Teilband V/2a: Kauf und Schenkung, erste Lieferung: Art. 184-191 OR*, 3e édition, Zurich 1993 (cité: SCHÖNLE).
- «Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale», in: *Mélanges Halûk Tandogan*, Ankara 1990, pp. 259 ss (cité: SCHÖNLE, Mélanges Tandogan).
- «L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations», in: *Le Centenaire du Code des Obligations*, Fribourg 1982, pp. 413 ss (cité: SCHÖNLE, Centenaire du CO).
- «Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO», in: *SJ* 1977, pp. 465 ss (cité: SCHÖNLE, SJ 1977).
- SCHWENZER, I.: «Commentaire des art. 35 à 43 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995.

- SECRETAN, R.: «Evolution récente du problème des risques de la chose vendue», in: *Recueil de travaux publiés à l'occasion du Cinquantenaire de l'Ecole des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne*, Lausanne 1961, pp. 197 ss.
- SEVON, L.: «Passing of Risk», in: *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Zurich 1985, pp. 191 ss (cité: SEVON, Colloque de Lausanne de l'ISDC).
- SIEBER, L.: *Gefahrtragung im Kaufrecht*, thèse, Zurich 1993.
- STANISLAS, G.: *Le droit de résolution dans le contrat de vente, sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 63, Genève 1979.
- STERN, E.: *Erklärungen im UNCITRAL-Kaufrecht*, Vienne 1990.
- STOCKS, M.: «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», in: *Northwestern University Law Review*, vol. 87, 1992-93, pp. 1415 ss.
- STOLL, H.: «Commentaire des art. 74 à 77 et 79-80 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e édition, Munich 1995.
- STÖTTER, V.: *Internationales Einheits-Kaufrecht*, Munich 1975.
- STUMPF, H.: «Commentaire des art. 35 à 40 CV», in: von Caemmerer/Schlechtriem (éditeurs), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 1ère édition, Munich 1990.
- TALLON, D.: «Exemptions (Art. 79, 80), Effects of avoidance (Art. 81-84)», in: Bianca/Bonell (éditeurs), *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987.
- TANDOGAN, H.: «La réparation du dommage causé à un tiers», in: *Mélanges Roger Secrétan*, Lausanne et Montreux 1964, pp. 305 ss.
- TERCIER, P.: *Les contrats spéciaux*, 2e édition, Zurich 1995 (cité: TERCIER, Contrats spéciaux).
- THÉVENOZ, L.: «La rétroactivité des effets du contrat entre absents et le transfert des risques», in: *SJ* 1983, pp. 481 ss.
- THIEFFRY, J./GRANIER, C.: *La vente internationale*, 2e édition, Paris 1992.
- THORENS, J.: *Le dommage causé à un tiers*, thèse, Genève 1962.
- TUHR, A. von/PETER, H.: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, tome I, 3e édition, Zurich 1974 (1ère livraison) et 1979 (2e livraison) (cité: von TUHR/PETER).
- TUHR, A. VON/ESCHER, A.: *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, tome II, 3e édition, Zurich 1974 (cité: von TUHR / ESCHER).

- VATHIS, V.: *Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und EKG-Recht*, thèse (Fribourg - RFA), Francfort s/ Main 1977.
- VOLKEN, P.: «The Vienna Convention: Scope, Interpretation and Gap-Filling», in: Sarcevic/Volken (éditeurs), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, New York/Londres/Rome 1986, pp. 19 ss.
- VRIES, H. de: «The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention as compared with Traditional Trade Terms», in: *European Transport Law*, Anvers 1982, pp. 495-528.
- WEBER, R.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Kommentar zu Art. 68-96 OR*, Berne 1983.
- WIEGAND, W.: «Commentaire des art. 18, 97 à 109 et 119 CO», in: Honsell/Vogt/Wiegand (éditeurs), *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e édition, Bâle 1996 (cité: WIEGAND, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND).
- «Die Leistungsstörungen, Teil 1: Nichterfüllung - Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung», in: *Recht*, 1983, pp. 1 ss et 118 ss (cité: WIEGAND, in *Recht* 1983).
- WILL, M.: «International sales law under CISG, the first 300 or so decisions», in: *Emptio-Venditio inter Nationes, Mélanges K. H. Neumayer*, Bâle 1997, pp. 457 ss (cité: WILL, *Mélanges Neumayer*).
- «Fundamental breach (art. 25) and Remedies for breach of contract by the seller (art. 45-52)», in: Bianca/Bonell (éditeurs), *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987 (cité: WILL).
- WITZ, Cl.: *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris 1995.
- WOLF, J.-G.: «Barkauf und Haftung, D. 19,1,23, Iul. 13 dig.», in: *Revue d'histoire du droit*, vol. 45 (1977), pp. 1 à 25.
- XUEREF, C.: «Les INCOTERMS 1990», in: Dessemontet (éditeur), *Les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne 1991, pp.131 ss.
- YUNG, W. : «Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse», in: *Colloque franco-germano-suisse des 22-23 mai 1968 sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, pp. 93 ss, Bâle et Stuttgart 1973 (l'édition de référence citée ici est celle reprise in: *Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, no 32, pp. 413 ss, Genève 1971) (cité: YUNG, *Principes fondamentaux in Etudes et articles*).
- «Devoirs généraux et obligations, Note de doctrine et de jurisprudence», in: *Mélanges Wilhelm Schönenberger*, pp. 163 à 179, Fribourg, 1968 (l'édition de référence citée ici est celle reprise in: *Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, no 32, pp. 111 ss, Genève 1971) (cité: YUNG, *Devoirs généraux et obligations in Etudes et articles*).

«La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, Note de doctrine et de jurisprudence», in: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castan*, Pamplona 1968, vol. II, pp. 613 à 633 (l'édition de référence citée ici est celle reprise in: *Etudes et articles*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 32, pp. 303 ss, Genève 1971) (cité: YUNG, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés in *Etudes et articles*).

«L'interprétation supplétive des contrats, Note de doctrine et de jurisprudence», in: *RSJB* vol. 97 (1961), pp. 41 à 64 (l'édition de référence citée ici est celle reprise in: *Etudes et articles*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 32, pp. 185 ss, Genève 1971) (cité: YUNG, L'interprétation supplétive des contrats in *Etudes et articles*).

«Note sur la résolution de la vente en cas de demeure de l'acheteur et ses conséquences», in: *SJ* 1940, pp. 439 à 442 (l'édition de référence citée ici est celle reprise in: *Etudes et articles*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 32, pp. 324 ss, Genève 1971) (cité: YUNG, Note sur la résolution de la vente in *Etudes et articles*).

ZHENG, X.: *Risikoverteilung im Verhältnis der Vertragsstörung unter besonderer Berücksichtigung der Gefahrtragung beim Kauf nach chinesischem Recht, deutschem Recht und UN-Kaufrecht*, thèse, Göttingen, 1996.

ZIEGLER, A.: *Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre*, thèse, St Gall, 1991 (cité: ZIEGLER, A.).

ZIEGLER, U.: *Lesitungsstörungsrecht nach dem UN-Kaufrecht*, thèse (Munich), Baden-Baden 1995 (cité: ZIEGLER, U.).

Publications d'instances publiques ou privées

BUNDESSTELLE FÜR AUSSENHANDELSINFORMATION (BFAI)

Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen unter ausländischem Recht - Zur Ausarbeitung von Exportbedingungen, Cologne 1985 (cité: BFAI).

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

INCOTERMS 1990, publication CCI no 460, Paris 1990.

COMMISSION D'EXPERTS DES CHAMBRES FÉDÉRALES
SUISSES

Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommissionen vom I. Mai 1908, II. Oktober 1908, III, März 1909, Archives fédérales no 22/2114, Berne.

CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE SUR L'UNIFICATION DU DROIT
EN MATIÈRE DE LA VENTE INTERNATIONALE,

La Haye, 2-25 avril 1964,

Tome I: *Actes*, et tome II: *Documents*, La Haye 1966 (cité: Documents de la Conférence de la Haye).

CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE

Message concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, du 11 janvier 1989 (cité: Message du CF). N.B.: la version de référence citée ici est le tiré à part édité par les services de la Chancellerie fédérale et non celle publiée à la Feuille Fédérale 1989 I pp. 709 ss.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION
DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT)

Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1994
(cité: Principes UNIDROIT).

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ

Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Zurich 1985
(cité: Colloque de Lausanne de l'ISDC).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Vienne 10 mars - 11 avril 1980, Documents officiels, Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, New York 1981
(cité: Documents Officiels).

I. INTRODUCTION

Le sujet

1.1 Se poser la question des risques dans une vente, c'est se demander qui, du vendeur ou de l'acheteur, devra supporter les conséquences d'un événement fortuit – le plus souvent de fait mais, dans une certaine mesure également, de droit – qui survient après la conclusion du contrat et qui empêche qu'une marchandise destinée à l'acquéreur lui soit délivrée, ou qu'elle lui soit délivrée en bon état.

Si c'est le vendeur, il pourra être tenu, en fonction de la nature de la marchandise et des solutions prévues par le contrat ou le droit qui lui est applicable, d'apporter une nouvelle prestation, ou une prestation complémentaire ou de remplacement, sans pour autant pouvoir réclamer une rémunération supplémentaire de ce chef. Dans cette hypothèse, le vendeur supporte donc le risque d'apporter plus que la prestation initialement convenue, sans obtenir néanmoins plus que le prix originellement fixé: il supporte par là le *risque de sa propre prestation*. En outre, dans la mesure où, conformément au caractère synallagmatique de la vente, l'empêchement fortuit autorise l'acheteur à retenir – provisoirement ou définitivement – le paiement du prix convenu, le vendeur supporte également – provisoirement ou définitivement – le *risque du prix*, c'est-à-dire le risque de ne pas recevoir de l'acquéreur la contre-prestation convenue.

Le contrat de vente ou la loi qui le gouverne peuvent aussi prévoir qu'à compter d'un certain stade, le risque de la prestation du vendeur, voire le risque des deux prestations sont à la charge de l'acheteur. En substance, s'il n'a que le risque de la prestation du vendeur, l'acheteur devra accepter de ne pas recevoir la marchandise ou de ne recevoir qu'une épave, sans pouvoir pour autant agir contre le vendeur en raison de cette inexécution. Il pourra néanmoins retenir le prix convenu. S'il supporte les risques des deux prestations, l'acheteur devra en outre payer le prix convenu, quand bien même les marchandises ne lui sont pas livrées ou sont dans un état qui les rend impropres à l'usage auquel elles étaient destinées.

En d'autres termes, peut-être plus précis que la première approche ci-dessus, se poser la question des risques dans une vente, c'est donc déterminer:

- jusqu'à quel stade le vendeur conserve le risque de sa prestation et celui du prix;
- à quels moment et conditions l'un et l'autre de ces risques passent à l'acheteur;

- enfin, si ces deux risques doivent nécessairement être transférés simultanément à l'acheteur ou, si tel n'est pas le cas, l'ordre dans lequel ce transfert peut avoir lieu.

Pareille détermination doit être faite au regard du contrat qu'ont conclu les parties et des normes nationales ou internationales qui lui sont applicables, étant précisé à ce propos que la majorité des droits nationaux¹, de même que le droit international de la vente² consacrent bien une réglementation du transfert des risques mais n'opèrent pas toujours aussi clairement que cela sera fait ici la distinction entre le risque de la prestation du vendeur et le risque du prix.

1.2 Au vu de ce qui précède, la problématique des risques dans la vente est donc liée à la survenance, après la conclusion du contrat, d'un obstacle fortuit à l'exécution parfaite de la prestation du vendeur.

Il n'y a donc pas à proprement parler de problème de risques dans les ventes manuelles ou «à exécution immédiate», c'est-à-dire dans lesquelles l'exécution suit immédiatement la conclusion du contrat, voire celles dans lesquelles l'échange de prestations par les parties vaut tout à la fois conclusion et exécution du contrat. En effet, dans cette catégorie de contrats, il paraît exclu qu'un obstacle à l'exécution se glisse entre la conclusion de la vente et son exécution.

La question des risques dans la vente se pose en revanche pleinement dans les contrats «à exécution différée», en particulier dans la grande majorité des ventes internationales conclues puis exécutées entre des parties ayant leur établissement, leur siège ou leur domicile dans des Etats différents.

1.3 Jusqu'à l'entrée en vigueur en Suisse, le 1er mars 1991, de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, une vente à caractère international soumise au droit suisse³ était régie par les dispositions du Code des obligations de 1911, qui réglait en outre également les «ventes internes» ou «ventes nationales», c'est-à-dire les ventes à caractère non international.

¹ Cf. par exemple art. 1138 et 1624 CCFr; art. 185 CO; par. 446 ss BGB; art. 1523 et 1529 CCI; par. 1064 ABGB, avec le renvoi aux par. 1048-1051; Sect 20 (1) du Sales of Goods Act britannique.

² Cf. art. 66 CV ss; GUIDE DES INCOTERMS, p. 35, commentaire de la clause A5.

³ Soit par le jeu des règles de droit international privé, soit par l'effet de Conventions internationales de droit international privé, telle la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, soit encore par la volonté des parties.

Avec l'adoption de la Convention de Vienne, le paysage de la réglementation suisse de la vente à caractère international a été sensiblement modifié: la Convention de Vienne est en effet devenue la pièce maîtresse, le Code des obligations ne conservant dans ce contexte qu'un rôle limité. Il reste, en revanche, le seul texte légal applicable aux ventes nationales.

Ainsi, lorsqu'un contrat de vente est conclu entre une partie établie en Suisse et une autre établie dans un autre Etat signataire de la Convention, la Convention de Vienne s'applique **en sa qualité de convention internationale**. C'est la règle de l'art. 1 al. 1 litt. a CV⁴.

Ensuite, la Convention de Vienne intervient **en qualité de droit suisse de la vente internationale**, lorsque le contrat est conclu entre deux parties dont l'une est établie dans un Etat non partie à la Convention de Vienne et que les règles de droit international privé⁵ désignent le droit suisse. Puisque la vente est internationale au sens de l'art. 1 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, et que la Suisse n'a pas émis la réserve de l'art. 95 CV, le renvoi au droit suisse est en réalité un renvoi à la réglementation spéciale adoptée par le législateur suisse en matière de vente internationale, c'est-à-dire à la Convention de Vienne. C'est la règle de l'art. 1 al. 1, litt. b CV.

La Convention de Vienne peut également être appelée à régler, en tant que droit suisse de la vente internationale, les contrats dans lesquels les parties, établies dans des Etats différents non signataires de la Convention, soumettent expressément leur contrat au droit suisse. Toutefois, l'application des règles de la Convention de Vienne dans ce cas ne devrait être admise que si l'interprétation du contrat confirme que le renvoi au droit suisse ne vise pas exclusivement le droit suisse interne.

Enfin, dans le même ordre d'idées, la Convention de Vienne peut également s'appliquer, en tant que droit suisse de la vente internationale, aux contrats de vente conclus entre un acheteur établi en Suisse et un vendeur établi dans un Etat non lié par la Convention de Vienne, dans lesquels les parties soumettent expressément leur contrat au droit suisse⁶. A nouveau, l'application de la

⁴ Cf. à ce propos NEUMAYER/MING, n. 6 à l'art. 1 CV et les réf. citées. Il est au surplus exclu de présenter ici le champ d'application de la Convention de Vienne de manière détaillée. Sur cette question, voir notamment HERBER, commentaire des art. 1 à 6 CV; KOSTKIEWICZ/SCHWANDER, pp. 33 ss; VOLKEN, pp. 19 ss; PICHONNAZ, pp. 361 ss et les réf. citées n. 1876 en bas de page.

⁵ Cf. par exemple la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

⁶ A défaut, on appliquerait, selon le droit international privé suisse (art. 118 al. 1 LDIP) la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment auquel il reçoit la commande, conformément à l'art. 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Convention de Vienne n'aura lieu dans ces cas que s'il est établi que, par ce renvoi au droit suisse, les parties ne visaient pas limitativement le Code des obligations.

Avec l'adoption en Suisse de la Convention de Vienne, on doit donc s'attendre à ce que les art. 184 ss du Code des obligations règlent désormais essentiellement des ventes à caractère non international. Cela ne saurait toutefois exclure que des ventes internationales continuent d'être soumises – le cas échéant, principalement par la volonté des parties – au seul Code des obligations.

Les objectifs et l'intérêt de l'étude

1.4 La ratification par le législateur suisse d'une réglementation moderne de la vente internationale, venant désormais se juxtaposer à des normes vieilles de plus d'un siècle mais néanmoins susceptibles de régir encore, elles aussi, des ventes à caractère international, est donc l'occasion de procéder à un nouvel examen d'ensemble de ces dispositions du Code des obligations à la lumière des réalités et modalités actuelles de la vente, et de vérifier dans quelle mesure le Code des obligations autorise le cas échéant de réactualiser les constructions qui n'apparaîtraient plus adéquates.

1.5 C'est là l'objectif premier de la présente étude, limité toutefois à la problématique du transfert des risques, qui reste l'un des points résolument controversés du titre sixième du Code des obligations consacré au contrat de vente.

En effet, après plus d'un siècle d'application sur le plan national, et aussi parfois international, la réglementation du Code des obligations en matière de transfert des risques dans la vente est assez largement critiquée⁷. Notamment, l'idée de devoir payer le prix sans recevoir la chose paraît contraire aux conceptions généralement admises dans le public⁸. On objecte également que l'attribution des risques ne suit pas le régime de la propriété de la chose⁹, laissant ainsi entendre qu'il serait plus facilement acceptable de de-

⁷ Voir notamment les avis de BUCHER, B.T., p. 42, ch. 4; le même, *in* RDS 1970 I, pp. 283 ss; VON BÜREN, A.T., p. 388; SCHÖNLE, *in* Centenaire du CO, p. 420 et les réf. citées n. 22 en bas de page; GIGER, n. 23 et 74 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, pp. 62 ss. Voir aussi EGLI, pp. 43 ss, et MEYLAN, pp. 38 ss.

⁸ Cf. ATF 84 II 158, 161, c. 1b.

⁹ Cf. ATF 84 II cité, ainsi que GIGER, n. 74 à l'art. 185 CO, POROY, p. 17 et BUCHER, RDS 1970 I, pp. 286 ss.

voir payer le prix d'une marchandise que l'on ne reçoit pas mais dont on est néanmoins déjà propriétaire par le seul effet du contrat¹⁰. Enfin, on s'étonne du maintien de l'obligation de l'acheteur de payer le prix en dépit de l'extinction de celle du vendeur de livrer la chose, pareil maintien contredisant le principe synallagmatique à la base de la vente selon lequel ces prestations interdépendantes naissent, se développent et s'éteignent en fonction l'une de l'autre¹¹. Du reste, au vu des griefs ci-dessus, il a été régulièrement suggéré de restreindre autant que possible l'application des règles du Code des obligations en matière de risques et d'admettre très largement les exceptions et dérogations¹².

Cela étant, la présente étude, même si elle suggérera parfois des constructions qui s'écartent assez sensiblement de certains courants doctrinaux classiques, ne prétend pas offrir des solutions révolutionnaires, qui répondraient à l'ensemble des critiques ci-dessus. Il faut du reste être conscient qu'en matière de répartition du fardeau des risques, aucune structure n'est optimale, et que celui des partenaires contractuels qui devra supporter les conséquences économiques d'un événement fortuit se plaindra toujours de la dureté d'une telle solution¹³.

1.6 L'analyse détaillée du régime consacré par la Convention de Vienne en matière de risques et sa comparaison avec les solutions, le cas échéant réactualisées, du Code des obligations mettront en évidence des divergences et des similitudes.

Or, dans la mesure où la Convention de Vienne et le Code des obligations constituent aujourd'hui la réglementation suisse de la vente nationale et internationale, il paraît souhaitable d'assurer autant que possible l'harmonie des solutions.

S'agissant dès lors des **divergences** que la juxtaposition du Code des obligations et de la Convention de Vienne pourrait révéler, il conviendra de se demander, dans un souci de cohérence de l'ensemble de ce droit suisse de la vente, si et le cas échéant à quelles conditions elles peuvent être aplanies, dans le respect des règles d'interprétation propres à chaque système juridique¹⁴. C'est là un second objectif de cette étude.

¹⁰ C'est par exemple la solution du droit français, cf. art. 1138 CCFr, et de tous les systèmes (anglo-saxon, italien, danois etc...) qui, à son image, ont consacré le principe du transfert de la propriété de la marchandise au moment de la conclusion du contrat.

¹¹ Cf. ATF 84 II cité; GIGER, n. 74 à l'art. 185 CO; VON BÜREN, A.T., p. 388; SCHMUTZ, p. 63; SCHMIDLIN/CANNATA, t. II, p. 139.

¹² Cf. notamment BUCHER, *in* RDS 1970 I, p.285 ainsi que ATF 84 II 158, 161.

¹³ Cf. SCHMUTZ, pp. 22 s., 23.

¹⁴ Cf. art. 7 CV et 1 CCS.

Quant aux **similitudes** que la comparaison du Code des obligations et de la Convention de Vienne pourrait mettre en évidence, il faut bien évidemment les souhaiter aussi nombreuses que possible pour que l'uniformité du système soit la plus large. A ce propos, le troisième objectif de la présente étude serait de pouvoir constater que les solutions particulières développées ici, parfois à l'encontre de l'avis d'une partie de la doctrine suisse classique, coïncident plus ou moins largement avec celles prévues par la Convention de Vienne pour des cas semblables. Ce serait en effet un indice que ces constructions, bien que contestables aux yeux de certains, correspondent en réalité à la volonté actuelle du législateur helvétique, qui a expressément approuvé des solutions analogues en adoptant sans réserves le texte de la Convention de Vienne.

1.7 Au vu de ce qui précède, l'intérêt de cette étude est tout à la fois théorique et pratique.

Sur le plan théorique, tout d'abord, il s'agit de mettre de l'ordre dans la réglementation du transfert des risques selon le Code des obligations, largement critiquée et ballottée au gré des tentatives d'en réduire les effets incisis. Cela impliquera de repenser également l'ensemble des questions en rapport, de près ou de loin, avec celle des risques dans la vente, afin d'assurer la meilleure cohérence possible du système. Les règles du Code des obligations en matière de transfert des risques dépendant étroitement de celles sur l'impossibilité d'exécution, ce sont donc plus particulièrement les normes réglant les diverses pathologies d'un contrat de vente – inexécution, impossibilité d'exécution, demeure, garantie en raison des défauts – qui seront l'objet de cette analyse critique.

Analyse qui devra permettre de répondre aux deux questions suivantes, qui sont celles que se pose fondamentalement toute personne confrontée à la problématique des risques dans la vente:

- *quels sont les événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur?*
- *A quelles conditions et à compter de quel moment exact les risques de ces événements sont-ils à la charge de l'acheteur?*

Dans ce contexte, l'analyse qui sera faite ici des normes de la Convention de Vienne en matière de risques ne sera pas une «remise en ordre» comparable à celle proposée dans le cadre du Code des obligations; la Convention de Vienne de 1980 est trop jeune et son application pratique en matière de transfert des risques trop rare¹⁵ pour que le besoin d'une telle remise en ordre

¹⁵ Rares sont en effet les décisions (arbitrales ou judiciaires) rendues en application de la Convention de Vienne qui traitent de façon détaillée de la question des risques dans la vente. Cf. à ce propos notamment WILL, in *Mélanges Neumayer*.

puisse déjà exister. En revanche, l'étude de la Convention de Vienne des Nations Unies, pièce maîtresse, en Suisse et dans le monde, du droit moderne de la vente internationale, devra permettre de répondre à une troisième question fondamentale:

- *les solutions du Code des obligations en matière de risques règlent-elles ces questions de manière satisfaisante dans les ventes (internationales) modernes?*

1.8 Avec la réponse concrète à ces questions théoriques fondamentales et à celles qui sont en amont, on s'achemine vers l'intérêt pratique de cette étude. Permettre aux acteurs dans les ventes (internationales) d'identifier le régime en matière de risques qui sert le mieux leurs intérêts et d'éviter la rigueur d'un système juridique le cas échéant inadapté. C'est dans cet esprit que la présente étude intégrera également un bref aperçu des INCOTERMS développés par la CCI de Paris, qui sont assurément à l'heure actuelle l'instrument juridico-pratique le plus utilisé dans les ventes internationales.

Plan de l'étude et limitations

1.9 L'étude et la comparaison des régimes respectifs du Code des Obligations et de la Convention de Vienne en matière de risques se feront selon trois grands axes: tout d'abord, une analyse des normes générales applicables dans chaque système, des conditions de leur mise en œuvre et de leurs effets juridiques (*infra*, II); puis, l'étude des rapports entre les règles sur le transfert des risques et celles sur l'inexécution du contrat (*infra*, III); enfin, la présentation des différents moments et conditions auxquels, en fonction des modalités particulières du contrat de vente, les risques sont transférés à l'acheteur (*infra*, IV), cette dernière étape incluant un bref survol des solutions proposées par les INCOTERMS de la Chambre de Commerce Internationale de Paris.

Dans les parties II et III ci-après, consacrées aux principes généraux et fondamentaux, l'analyse portera d'abord sur le Code des Obligations, puis, selon un plan largement comparable, sur la Convention de Vienne. Cet ordre est le reflet des préoccupations et interrogations à l'origine de la présente recherche. Ce sont en effet les solutions consacrées par le Code des Obligations en matière de risques dans la vente et les critiques formulées à leur encontre qui sont à la base de cette étude. En outre, en tant que de besoin, cet ordre permet de souligner que les solutions nouvelles proposées ici dans le cadre de l'étude du Code des Obligations sont développées pour elles-mêmes, dans les limites de ce que la lettre et l'esprit du Code des Obligations autorisent,

et que la présente étude n'a donc pas pour objectif d'interpréter le Code des Obligations à la lumière de la Convention de Vienne. Cela étant, pour des raisons de commodité – la Convention de Vienne consacre en effet en ses art. 67 à 69 un découpage systématique et simple, inexistant dans le Code des Obligations –, la description des moments et conditions du transfert des risques selon les deux textes (partie IV) s'alignera très largement sur l'ordre adopté par la Convention de Vienne. Seule exception dans ce contexte, le régime du transfert des risques dans les ventes sous condition, qui, en l'absence d'une réglementation dans la Convention de Vienne, sera présenté sur la base de la solution du Code des Obligations.

1.10 La présente étude se concentrera largement sur une approche concrète des questions touchant au transfert des risques: exigences posées par les bases légales, définition des situations que ces normes peuvent être appelées à régler, conséquences concrètes qu'elles peuvent entraîner en fonction des circonstances ou de la nature particulière de la vente, éventuels rapports de ces règles avec d'autres dispositions pouvant influencer la répartition du fardeau des risques entre les parties.

Il ne s'agira donc pas de livrer en outre une explication historique approfondie de la règle *periculum est emptoris*¹⁶. Ce qui n'exclura cependant pas que, conformément aux directives des art. 1 CCS ou 7 CV, il soit tenu compte de la volonté des législateurs historiques respectifs du Code des obligations et de la Convention de Vienne, chaque fois que cela sera nécessaire à l'interprétation de l'une ou l'autre réglementation.

1.11 La présente étude n'abordera que les ventes de choses mobilières, les ventes d'immeubles étant expressément exclues du champ de la Convention de Vienne¹⁷.

En outre, seul sera traité ici le régime du transfert des risques **suite à la conclusion d'un contrat de vente**, qui constitue la problématique fondamentale du transfert des risques dans la vente tel que défini ci-dessus. La question particulière, et qui n'est du reste pas propre à la vente, des risques liés à la résolution d'un contrat – que se passe-t-il si, dans la liquidation d'un rapport contractuel impliquant restitution des prestations effectuées, pareille restitution devient fortuitement impossible? – ne sera pour sa part pas abordée ici.

Enfin, ne sera traité que le transfert des risques, et non celui des profits.

¹⁶ Cf. notamment à ce propos ERNST, pp. 217 ss; WOLF, pp. 1 ss; EGLI, pp. 9-18, 19-42 et 57-59; MEYLAN, pp. 9 ss; KASER, 1er volume, p. 552 et 2e volume, p. 388; BUCHER RDS 1970 I, pp. 285 ss.

¹⁷ Cf. PICHONNAZ, p. 366 et les réf. citées.

II. LES NORMES APPLICABLES, LES CONDITIONS DE LEUR MISE EN ŒUVRE ET LEURS EFFETS JURIDIQUES

Chapitre 1 Dans le Code des obligations

Section A Impossibilité d'apporter la prestation promise et transfert des risques

a. Généralités – risque de l'impossibilité et risque du prix

2.1 Les deux normes du Code des obligations qui traitent des risques dans la vente sont les art. 119 al. 3 et 185 CO.

L'art. 119 al. 3 CO, par exception à la règle de l'art. 119 al. 2 CO¹, réserve notamment, dans le cas de la vente², l'art. 185 CO, ce dernier définissant pour sa part le moment auquel «les profits et les *risques* de la chose passent à l'acheteur».

En tant qu'exception à l'art. 119 al. 2 CO, l'art. 119 al. 3 CO part nécessairement de la même hypothèse que lui, c'est-à-dire de l'application de l'art. 119 al. 1 CO. Pour que les art. 119 al. 3 et 185 CO s'appliquent, il faut donc que le vendeur, en raison d'un événement fortuit qui survient après la conclusion du contrat et qui empêche que la marchandise destinée à l'acquéreur lui soit délivrée, ou qu'elle lui soit délivrée en bon état, soit libéré de sa prestation conformément à l'art. 119 al. 1 CO³.

2.2 Cette libération – définitive⁴ – du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO signifie qu'il ne doit plus apporter la prestation originelle et qu'il ne doit en

¹ Cf. SCHÖNLE, n. 17 et 31 à l'art. 185 CO, KELLER/FISCHER, p. 142; PICHONNAZ, p. 295, ch. 1277; AEPLI, n. 87 à l'art. 119 CO et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3285.

² Pour les autres cas, cf. AEPLI, n. 97 ss à l'art. 119 CO et les réf. citées.

³ Cf. PICHONNAZ, p. 295, ch. 1276.

⁴ La libération intervient dès la survenance de l'obstacle et empêche désormais que le vendeur se trouve en demeure dans l'exécution de la prestation touchée; cf. AEPLI, n. 62 à l'art. 119 CO et VON BÜREN, A. T., p. 386.

outre aucune autre prestation à caractère indemnitaire⁵. Cela étant, même libéré de toute obligation selon l'art. 119 al. 1 CO, le vendeur peut être tenu le cas échéant de transférer à l'acheteur d'éventuelles valeurs de remplacement qu'il recevrait par exemple d'un tiers responsable ou d'un assureur⁶.

La libération définitive et totale du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO a donc pour effet que l'acheteur, qui ne reçoit plus la prestation due par le vendeur ou qui ne la reçoit qu'incomplètement, ne peut plus exiger l'exécution complète et parfaite de l'obligation du vendeur, un dédommagement ou éventuellement une réparation⁷. Par cette impossibilité dans laquelle il place désormais l'acheteur d'agir contre le vendeur en exécution, en garantie ou en dommages-intérêts malgré l'inexécution ou l'exécution incomplète, l'art. 119 al. 1 CO met à la charge de l'acheteur le *risque de l'impossibilité frappant la prestation du vendeur*⁸, ou, plus brièvement, le risque de la prestation du vendeur (*Leistungsgefahr*).

Les art. 119 al. 3 et 185 CO présupposent ainsi que l'acheteur supporte, aux conditions posées par l'art. 119 al. 1 CO, le risque de l'impossibilité de la prestation due par le vendeur⁹.

2.3 Puisqu'il déroge à l'art. 119 al. 2 CO¹⁰, qui libérerait normalement l'acheteur de son obligation de payer le prix convenu lorsque le vendeur est lui-même libéré de sa propre prestation, l'art. 185 CO laisse à la charge de l'acheteur le *devoir de payer le prix, et cela malgré l'impossibilité totale ou partielle d'exécution frappant la dette du vendeur et malgré la libération définitive de celui-ci*.

Ce faisant, l'art. 185 CO règle la question du transfert à l'acheteur du «*risque du prix*»¹¹.

⁵ «So geht die Obligation ersatzlos unter», AEPLI, n. 60 à l'art. 119 CO; voir également AEPLI, n. 63 ss à l'art. 119 CO, GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3276 et 3282, et PICHONNAZ, p. 11, ch. 56. C'est là ce qui distingue l'impossibilité non imputable dont il est question ici de l'impossibilité fautive sanctionnée par l'art. 97 CO (cf. *infra*, ch. 2.20 ss, 2.21).

⁶ Cf. à ce propos *infra*, ch. 2.67 ss et 2.144 ss.

⁷ Les règles supplétives du Code des obligations en matière de garantie dans la vente ne prévoyant pas un droit à la réparation (ATF 95 II 119/JT 1970 I 238), celle-ci, pour être due par le vendeur, doit avoir été expressément convenue par les parties.

⁸ Cf. notamment AEPLI, n. 66 à l'art. 119 CO; SCHÖNLE, n. 17 et 18 s. à l'art. 185 CO; KELLER/FISCHER, pp. 137 s. PICHONNAZ, p. 11, ch. 56.

⁹ Cf. SCHÖNLE, n. 32 à l'art. 185 CO; PICHONNAZ, p. 295, ch. 1276.

¹⁰ Cf. ci-dessus, ch. 2.1.

¹¹ «Gegenleistungs-, Vergütungs- bzw. Kaufpreisgefahr»; cf. SCHÖNLE, n. 15 et 31 ss à l'art. 185 CO, CORTESI, p. 5 et KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 1 à l'art. 185 CO.

Plus précisément, l'art. 185 CO définit le *moment* à compter duquel l'acheteur a l'obligation de payer le prix convenu bien qu'il ne puisse plus recevoir la chose promise ou qu'il n'obtienne qu'une chose endommagée ou réduite, sans disposer par ailleurs de moyens de droit contre le vendeur en raison de cette inexécution ou de cette exécution incomplète¹².

Les art. 119 al. 3 et 185 CO opèrent donc bel et bien le *transfert* à l'acheteur d'un risque qui, autrement, selon l'art. 119 al. 2 CO, eût été à la charge du vendeur. En effet, dans les contrats synallagmatiques¹³ dont une des prestations est devenue impossible au sens de l'art. 119 al. 1 CO, le débiteur de l'obligation touchée en est libéré mais il perd corrélativement (art. 119 al. 2 CO) la contre-prestation prévue à titre de rémunération. C'est dire que c'est lui et non son cocontractant qui supporte normalement le risque du prix ou de la contre-prestation (*Preis- oder Vergütungsgefahr*). L'art. 119 CO consacre ainsi en ses alinéas premier et deuxième la règle «*periculum est creditoris*»: la libération de chaque partie prive l'autre partie de la prestation à laquelle elle avait droit. Cette liquidation équilibrée des rapports entre les parties dans les contrats synallagmatiques¹⁴ ne s'applique pas à la vente. Dans la vente, cet équilibre est rompu par les art. 119 al. 3 et 185 CO¹⁵: l'acheteur a non seulement le risque de la prestation du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO (*periculum est creditoris*), mais il a également le risque de sa propre prestation dont il reste débiteur; *periculum pretii est debitoris*. C'est la juxtaposition de ces deux risques à la charge de l'acheteur en ses qualités de *creditor* et de *debitor* que l'on résume dans l'adage «*periculum est emptoris*».

¹² Si l'acheteur dispose de moyens contre le vendeur conformément aux règles sur l'inexécution des obligations (art. 97 ss CO), sur la demeure (art. 102 ss ou 190 s. CO) ou sur la garantie (art. 197 ss CO), il peut retenir le paiement du prix convenu jusqu'à exécution complète et parfaite par le vendeur de ses obligations contractuelles ou de toute prestation de remplacement (art. 82, 184 al. 2 et 213 al. 1 CO).

¹³ Malgré l'adjectif bilatéral, l'art. 119 al. 2 CO vise par essence les contrats synallagmatiques, dans lesquels les prestations sont dues dans un rapport d'échange: cf. AEPLI, n. 69 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3284; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 16 à l'art. 119 CO; BECKER, n. 6 à l'art. 119 CO; VON TUHR/PETER, p. 150; VON BÜREN, A. T., p. 387; ENGEL, p. 782; POROY, p. 13; SCHMUTZ, p. 24.

¹⁴ L'art. 119 al. 1 et 2 CO, qui règle par là ce que GIGER, n. 12 à l'art. 185 CO, appelle la «normale Gefahrtragungsregelung» dans les contrats synallagmatiques, exprime la notion fondamentale d'interdépendance fonctionnelle des obligations synallagmatiques, «funktionelles Synallagma»: cf. K. LARENZ, «Lehrbuch des Schuldrechts», 1. Band: Allgemeiner Teil, 13e éd., Munich 1982, pp. 187 ss, 188; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 15 à l'art. 119 CO; voir aussi GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3288; AEPLI, n. 74 à l'art. 119 CO; SCHMUTZ, p. 24.

¹⁵ Cf. SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 265, ch. 2; KELLER/FISCHER, pp. 138 s.

2.4 Les considérations qui précèdent permettent de souligner quelques éléments importants.

2.5 Tout d'abord, ainsi que cela vient d'être dit, l'art. 185 CO ne règle que la question du *risque du prix*.

La lettre de son premier alinéa – «*les risques de la chose...*» – est ainsi doublement imprécise.

En effet, d'une part, l'art. 185 CO ne régit pas l'attribution du risque *de la chose* au sens étroit. Ce risque de destruction ou de détérioration d'une chose («*Sachgefahr*») est en tout cas toujours à la charge du propriétaire de la chose¹⁶, conformément à l'adage «*casum sentit dominus*»¹⁷. Dans ce sens étroit, le risque de la chose et son transfert sont donc liés aux droits de propriété de la chose et à leur transfert. Or, les questions de propriété de la chose vendue sont totalement étrangères à la problématique que règle l'art. 185 CO.

D'autre part, en dépit du pluriel – «*les risques de la chose...*» –, l'art 185 CO ne traite bel et bien que d'un seul risque, celui du prix, c'est-à-dire le risque pour l'acheteur de devoir payer le prix convenu alors que le vendeur, malgré l'inexécution ou l'exécution imparfaite de sa prestation, est pour sa part intégralement et définitivement libéré.

2.6 Ensuite, l'art. 185 CO ne régit pas le transfert du «*risque de l'impossibilité de la prestation*» du vendeur¹⁸.

Ainsi qu'on vient de le voir, cette question, ses conditions et ses conséquences sont réglées principalement par l'art. 119 al. 1 CO, en rapport le cas échéant avec les art. 97 ss, 102 ss et 197 ss CO appliqués *a contrario*.

2.7 Enfin, la libération du vendeur conformément à l'art. 119 al. 1 CO est une condition absolument nécessaire pour que puisse se poser la question d'un éventuel transfert à l'acheteur du risque du prix selon les art. 119 al. 3 et 185 CO: «*...il ne peut pas y avoir transfert du risque du prix à l'acheteur*

¹⁶ En outre, à la lecture de l'art. 750 al. 1 CCS, il semble que la destruction de l'objet de l'usufruit soit tout à la fois à la charge de l'usufruitier et du propriétaire.

¹⁷ Sur cette question, cf. SCHÖNLE, n. 16 à l'art. 185 CO et les réf. citées; SCHÖNLE, in *Mélanges Tandogan*, pp. 263-264; GIGER, n. 9 à l'art. 185 CO; PICHONNAZ, p. 11, ch. 57.

¹⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 17 et 18 à l'art. 185 CO. A noter cependant que, si l'art. 185 CO ne régit pas à proprement parler le transfert du risque de l'impossibilité de la prestation du vendeur, c'est sur lui que l'art. 119 al. 1 CO doit s'aligner pour déterminer le moment auquel le vendeur doit être libéré dans une vente portant sur une chose de genre. Cf. à ce propos *infra*, ch. 2.49 ss, **2.52 à 2.54**.

*avant le transfert du risque de l'impossibilité d'exécution. (...) Ce n'est que si le vendeur est libéré de l'obligation de fournir une prestation parfaite selon l'art. 119 al. 1 CO que la question du transfert des risques du prix au sens des art. 119 al. 3 et 185 CO se pose*¹⁹.

Il convient donc tout d'abord d'examiner les conditions de l'art. 119 al. 1 CO (*infra*, B). Sera ensuite abordé (*infra*, C) l'effet juridique de l'art. 119 al. 1 CO, c'est-à-dire la libération du vendeur et le transfert corrélatif du risque de sa prestation à l'acheteur.

b. Les conditions mises par l'art. 119 al. 1 CO au transfert à l'acheteur du risque de l'impossibilité frappant la prestation du vendeur

2.8 «*L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur*» (art. 119 al. 1 CO)²⁰. Cette disposition pose expressément ou implicitement certaines conditions, qui doivent être cumulativement vérifiées pour que la prestation du vendeur puisse être qualifiée d'*impossible* au sens de l'art. 119 al. 1 CO, que le vendeur en soit libéré et que l'acheteur en ait le risque²¹.

1. Une impossibilité subséquente, antérieure à l'exécution de la prestation

2.9 La place de l'art. 119 CO au titre troisième du CO traitant de l'extinction des obligations et le texte de son premier alinéa²² montrent bien que

¹⁹ SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan* p. 265, et n. 17 et 31 s. à l'art. 185 CO; PICHONNAZ, p. 295, ch. 1276.

²⁰ La loi ne précise pas quelle doit être la mesure de cette impossibilité pour entraîner l'extinction des obligations; l'art. 119 CO ne vise pas – expressément du moins – le cas d'une impossibilité partielle d'exécution. Le détail de cette question sera examiné *infra*, section E.

²¹ Seules seront abordées ici les questions d'impossibilité pertinentes au regard de la problématique du transfert des risques dans la vente. Pour une vue d'ensemble détaillée de l'impossibilité selon l'art. 119 CO, voir la thèse de PICHONNAZ, en particulier les pp. 73 à 99.

²² L'emploi des verbes «s'éteindre» et «devenir» est à cet égard significatif: pour qu'une obligation *s'éteigne*, il faut qu'elle ait pris naissance; pour qu'une exécution *devienne* impossible, il faut qu'elle ait été possible. Cf. AEPLI, n. 52 à l'art. 119 CO.

l'art. 119 CO régit uniquement les cas d'impossibilité survenant *après la naissance* d'une obligation²³.

Cette impossibilité subséquente s'oppose à l'impossibilité initiale, régie par l'art. 20 CO, qui existe dès avant la conclusion du contrat. En cas d'impossibilité initiale, il est établi déjà lors de la naissance de l'obligation que la prestation ne pourra pas être apportée à l'échéance prévue²⁴.

2.10 Le moment de la survenance de l'obstacle est un élément objectif. Dès lors, du point de vue de la qualification en termes d'impossibilité subséquente, le moment auquel l'une des parties a eu connaissance de cet obstacle est indifférent. En revanche, le fait qu'une partie a connu ou aurait pu ou dû connaître ou prévoir l'empêchement avant ou lors de la conclusion du contrat pourra revêtir une certaine importance lors de l'appréciation d'une éventuelle violation de devoirs accessoires ou précontractuels²⁵.

2.11 L'impossibilité de l'art. 119 CO doit intervenir *avant l'exécution de la prestation*. Cela découle du texte des alinéas premier et troisième et, pour le surplus, du simple bon sens, puisque l'art. 119 CO traite de l'impossibilité d'exécution.

L'obstacle à l'exécution doit donc survenir entre la conclusion et l'exécution du contrat²⁶. Bien que cette période puisse être très brève, cette exigence exclut en bonne logique qu'il puisse être question d'impossibilité subséquente dans les contrats à exécution immédiate²⁷.

²³ Selon AEPLI, n. 25 à l'art. 119 CO et les réf. citées, seules les obligations contractuelles sont visées à l'art. 119 CO; en accord avec Schönenberger/Jäggi, n. 5 *in fine* des «Vorbemerkungen vor Art. 1 OR», l'art. 119 CO est une norme de portée générale qui vise toutes les obligations, contractuelles ou non.

²⁴ Cf. AEPLI, n. 53 à l'art. 119 CO.

²⁵ Cf. AEPLI, n. 54 ss à l'art. 119 CO. Cas échéant, cette violation entraînera pour la partie négligente l'application de l'art. 97 CO; s'il s'agit du débiteur de la prestation touchée, cette application de l'art. 97 exclura celle de l'art. 119 (cf. *infra*, ch. 2.26); Cf. également GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3167 et 3280 et les réf. citées.

²⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 20 *in fine* à l'art. 185 CO.

²⁷ Voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. I, n° 238 s., qui parlent de contrats manuels. Voir aussi les arguments de SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n. 106 des «Vorbemerkungen vor Art. 1 OR», qui refusent le recours à la notion artificielle d'une «logische Sekunde», qui séparerait la naissance des obligations de leur exécution. En effet, dans une vente manuelle, l'acte par lequel le marchand prend la chose demandée et la tend à l'acheteur est à la fois conclusion du contrat par acceptation de l'offre (naissance de l'obligation de livrer) et exécution du contrat (livraison). Cf. également sur ces questions PICHONNAZ, pp. 67 ss.

2. Une impossibilité d'exécution

2.12 L'art. 119 CO vise une impossibilité d'exécution et non, par exemple, une impossibilité pour le créancier de tirer profit de la prestation qu'il a reçue conformément au contrat mais dont il n'a plus l'utilité^{28, 29}.

3. Une impossibilité durable

2.13 Cette exigence, qui ne découle pas du texte de l'art 119 CO mais de la logique à la base du système suisse en matière d'impossibilité et d'inexécution, est reconnue par une doctrine unanime³⁰.

Pour déployer les effets prévus à l'art. 119 CO (libération *définitive* du débiteur et, le cas échéant, du créancier), l'impossibilité de fournir la prestation doit donc elle-même revêtir un caractère *définitif*.

2.14 Or, en principe, un obstacle est définitif si ses conséquences sont irréversibles, en d'autres termes si l'exécution impossible ne peut pas redevenir possible.

²⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n°3157. Cf. dans le même sens PICHONNAZ, pp. 105 ss, en particulier ch. 444, 446 et 464 et les réf. citées.

²⁹ Il y a en revanche impossibilité au sens de l'art. 119 CO lorsque le débiteur ne peut plus exécuter sa prestation parce que le résultat recherché est déjà survenu sans son intervention (Zweck- oder Erfolgserreichung) – la maison à démolir s'écroule avant l'arrivée de l'entrepreneur chargé de la destruction – ou lorsque le débiteur ne peut plus exécuter sa prestation parce que la matière ou l'objet sur lequel il devait intervenir en vue du résultat promis a disparu (Zweckfortfall) – la maison à rénover brûle avant que l'entrepreneur ne commence ses travaux. Voir à ce propos ZIEGLER A., pp. 103 ss et surtout PICHONNAZ, pp. 100 ss, en particulier ch. 432 ss et 440 ss, qui observe de façon convaincante que, à tout le moins dans les obligations de résultat, ce n'est pas seulement un comportement qui est dû par le débiteur mais également un résultat. Or, si, dans les cas ci-dessus, le débiteur peut encore avoir le comportement attendu de lui, il ne peut plus, en revanche, atteindre ni offrir par ce comportement le résultat envisagé dans le contrat. Avis contraire chez GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3155 et les réf. citées, WIEGAND, n. 6 à l'art. 119 CO, VON TUHR/ESCHER, p. 134 et AEPLI, n. 31 et 51 à l'art. 119 CO et les réf. citées, qui sont d'avis qu'il n'y a pas impossibilité au sens de l'art. 119 CO, car dans les deux cas la capacité de prestation du débiteur n'a pas disparu; il est encore en mesure d'avoir un comportement qui, selon le cours ordinaire des choses permettrait d'atteindre le résultat escompté.

³⁰ Cf. AEPLI, n. 44 à l'art. 119 CO et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3152; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1801 et 1940; KELLER/SCHÖBI, t. I, p. 245; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 224; BECKER, n. 21 à l'art. 97 CO; VON TUHR/ESCHER, p. 96; BARTH, pp. 41-44; BISCHOFF, pp. 129 s.; ZIEGLER A., pp. 45 ss; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 97 CO; PICHONNAZ, pp. 162 ss.

Qu'en est-il dès lors des obstacles à l'exécution, telles les guerres ou les grèves, dont l'expérience a montré qu'ils finissaient tôt ou tard par disparaître et qu'à terme, tout ou partie des prestations qu'ils empêchaient pouvaient donc à nouveau être apportées?

2.15 Pour régler ces cas, la doctrine recourt à juste titre à la notion d'*impossibilité durable*³¹.

Si la durée de l'empêchement ne peut être connue ni déterminée lors de sa survenance, on admet que la prestation est définitivement impossible.

L'impossibilité sera durable (donc définitive) même si la durée initialement imprévisible de l'empêchement apparaît ultérieurement particulièrement courte. Inversement, si l'on peut connaître, lorsque l'obstacle surgit, le moment auquel l'impossibilité cessera, celle-ci sera temporaire ou passagère³², même s'il doit s'agir d'un temps assez long.

2.16 Les effets de l'impossibilité durable (ou de durée imprévisible) sont donc identiques à ceux attachés à l'impossibilité définitive, à laquelle elle est assimilée: le débiteur est libéré dans tous les cas, conformément à l'art. 119 al. 1 CO, le créancier ne l'étant selon l'art. 119 al. 2 CO que dans les hypothèses non visées par l'art. 119 al. 3 CO.

Selon une partie de la doctrine, si la prestation devient à nouveau possible, la dette ne renaît pas³³. Cette formulation paraît en réalité trop absolue et devrait être affinée; en effet, selon l'opinion soutenue ici, le vendeur, libéré ensuite du vol ou de la perte de la chose vendue, peut être tenu, si celle-ci réapparaît ultérieurement, de la remettre à l'acheteur, conformément aux principes régissant la remise des valeurs de remplacement³⁴.

2.17 Pour sa part, l'impossibilité passagère n'est pas une impossibilité au sens de l'art. 119 CO, puisque la prestation est encore possible. Ce sont dans

³¹ Dauernde Unmöglichkeit; cf. VON TUHR/ESCHER, p. 96, qui parlent de «Hindernisse von unübersehbarer Dauer».

³² Cf. à ce propos ch. 2.17 ci-dessous.

³³ Cf. VON TUHR/ESCHER, pp. 96-97, qui réservent cependant (n. 28 en bas de page) le cas des contrats comportant une obligation de restituer (contrats de bail, de prêt à usage etc.); BISCHOFF, p. 130; BARTH, pp. 42-43, ch. 3; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 97 CO; BECKER, n. 21 à l'art. 97 CO.

³⁴ Cf. à ce propos ch. 2.67 ss ci-dessous, notamment 2.84 ss.

ce cas les dispositions sur la demeure du débiteur (art. 102 ss CO) qui s'appliquent³⁵.

En revanche, lorsqu'il ressort de la volonté des parties ou du contenu de la prestation touchée que celle-ci ne peut être exécutée qu'à un certain moment et qu'une exécution tardive est exclue, le recours aux règles sur la demeure n'est pas admis lorsque surgit un obstacle – même provisoire – qui empêche le débiteur d'apporter sa prestation pendant tout le temps où elle pouvait effectivement être fournie. Dans un tel cas, malgré la nature passagère de l'obstacle, ce sont les règles sur l'impossibilité définitive qui s'appliquent³⁶.

2.18 Un empêchement n'entraînera donc l'application de l'art. 119 CO que s'il est définitif, c'est-à-dire s'il dure pendant tout le temps où l'exécution peut ou doit avoir lieu selon les termes du contrat³⁷.

4. Une impossibilité matérielle ou juridique

2.19 L'empêchement peut être de nature juridique ou matérielle (*tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit*)³⁸.

Cela signifie que l'obstacle peut résulter d'une atteinte physique ou matérielle à la chose dont le vendeur s'est obligé à transférer la possession et la propriété – p. ex. perte, destruction ou détérioration³⁹ – ou de mesures législatives ou administratives⁴⁰ empêchant ou limitant l'exécution de la prestation, telles qu'embargo, interdiction d'exporter, d'importer de faire transiter ou de vendre, retrait ou refus d'autorisation etc.⁴¹.

³⁵ Cf. BARTH, pp. 41 ss, ch. 2 et 5; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3152; VON TUHR/ESCHER, pp. 96 s.; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 *in fine* à l'art. 97 CO; PICHONNAZ, pp. 166 s., en particulier ch. 710.

³⁶ Cf. BARTH, pp. 41 ss et les réf. citées; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 97 CO.

³⁷ Cf. BESSON, p. 41.

³⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 18 s à l'art. 185 CO et les réf. citées; AEPLI, n. 45 à l'art. 119 CO; ATF 111 II 352, JT 1986 I p. 73 ss, 74, avec commentaire GAUCH in BR 1986, p. 66, n° 91; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3131; BUCHER, A. T., p. 419; *contra* VON BÜREN, A. T., p. 365, 386 et 390; BARTH, p. 28.

³⁹ Cf. PICHONNAZ, p. 148, ch. 622 ss.

⁴⁰ Voir les exemples cités par PICHONNAZ, pp. 153 ss.

⁴¹ Cf. SCHÖNLE, n. 21 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

En réalité, l'impossibilité juridique est une notion controversée en doctrine⁴². Certains en nient l'existence purement et simplement⁴³. D'autres estiment qu'il ne peut y avoir impossibilité juridique subséquente soumise à l'art. 119 CO qu'à la condition que la prestation interdite soit matériellement empêchée⁴⁴. D'autres⁴⁵, enfin, admettent qu'une prestation puisse être impossible pour des motifs juridiques sans qu'elle doive nécessairement pour autant être systématiquement empêchée par un acte matériel. Il suffit qu'elle soit interdite.

Selon l'opinion soutenue ici, un obstacle de caractère juridique ne constitue en principe une impossibilité au sens de l'art. 119 CO que dans deux hypothèses⁴⁶:

- la prestation est concrètement empêchée par des actes matériels des autorités (saisie, blocage, etc.). Dans ce cas, l'état de fait de l'impossibilité juridique se confond avec celui de l'impossibilité matérielle;
- les sanctions pénales (peines privatives de liberté, amendes) et/ou administratives (amendes, saisies, destruction etc.) dont la norme d'interdiction est assortie sont importantes et en outre effectivement appliquées en cas d'infraction⁴⁷;

⁴² Pour une vue d'ensemble, cf. PICHONNAZ, p. 154, ch. 654 ss.

⁴³ Cf. CAYTAS, p. 31; VON BÜREN, A. T., p. 390.

⁴⁴ Cf. BARTH, p. 27; BISCHOFF, p. 124; ENGEL, p. 188.

⁴⁵ Cf. AEPLI, n. 45 s. à l'art. 119 CO.

⁴⁶ On pourrait également considérer que le créancier qui, suite à la demeure non fautive de son débiteur, refuse désormais l'exécution de la prestation en souffrance sans se départir du contrat (2ème voie de l'art. 107 al. 2 CO) rend la prestation de son débiteur définitivement impossible pour des motifs juridiques. Selon cette approche — qui n'est pas inintéressante — le débiteur est donc libéré selon l'art. 119 al. 1 CO. Logiquement, le créancier est alors également libéré de sa propre prestation selon l'art. 119 al. 2 CO appliqué par analogie (cf. à ce propos les auteurs cités par GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3027). Selon l'approche préférée ici (cf. aussi *infra*, ch. 3.74), qui est du reste également celle préconisée par GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3030, le créancier qui, dans une demeure non fautive de son débiteur, opte pour la deuxième voie de l'art. 107 al. 2 CO (et n'obtient, ce faisant, évidemment rien: il refuse d'une part la prestation originelle et ne peut d'autre part, vu l'absence de faute, réclamer des dommages-intérêts) n'a plus d'autre possibilité que la résolution du contrat.

⁴⁷ Cf. dans un sens comparable PICHONNAZ, pp. 154 ss, qui précise encore, à raison, qu'il y a impossibilité juridique au sens de l'art. 119 CO, sans égard au fait qu'elle coïncide ou non avec une impossibilité matérielle, lorsque le droit applicable au contrat est celui du for de l'action en exécution et que ce droit interdit l'exécution de la prestation. «Il est en effet d'emblée exclu qu'un juge condamne un débiteur à exécuter une prestation alors que l'ordre juridique applicable l'interdit. L'ordre juridique se désavouerait lui-même» (cf. PICHONNAZ, pp. 156 s., ch. 667 *in fine* et les réf. citées).

5. Une impossibilité non imputable au débiteur de la prestation touchée⁴⁸

2.20 Selon l'art. 119 al. 1 CO, l'impossibilité doit survenir «...*par suite de circonstances non imputables au débiteur*».

2.21 Même si la responsabilité pour faute reste le cas le plus fréquent d'imputabilité⁴⁹, la *non-imputabilité* dont il est question à l'art. 119 CO n'est pas synonyme d'*absence de faute* du débiteur et doit donc être comprise dans un sens plus large, eu égard en particulier aux art. 97, 101, 103 et 197 ss CO⁵⁰.

2.22 Dans l'art. 119 al. 1 CO, l'impossibilité frappant la prestation du vendeur est considérée comme non imputable à celui-ci lorsqu'elle n'a sa source ni dans un comportement fautif du vendeur (ou de l'un de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – art. 55 al. 2 CCS), ni dans le comportement d'une personne dont le vendeur, même non fautif, doit répondre⁵¹, ni dans un cas fortuit dont le vendeur devrait répondre⁵², ni, enfin, dans des circonstances dont le vendeur, même non fautif, doit répondre à un autre titre⁵³.

Cela étant, la *non-imputabilité* ne signifie pas que l'impossibilité doive nécessairement résulter d'un *cas fortuit* ou d'une *force majeure*. Un obstacle peut entraîner la libération du vendeur dans la mesure où il est dû à l'acte, cas échéant fautif, d'un tiers dont le vendeur ne répond à aucun titre⁵⁴.

2.23 Ainsi, par exemple, si l'empêchement d'apporter une prestation conforme est dû à l'acte d'un tiers, dont le vendeur doit répondre selon

⁴⁸ Cf. sur toute cette question PICHONNAZ, p. 185 ss.

⁴⁹ Cf. dans le même sens AEPLI, n. 17 à l'art. 119 CO.

⁵⁰ Cf. AEPLI, n. 17 et 56 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3276; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 8 à l'art. 119 CO; PICHONNAZ, pp. 191 ss. Plusieurs auteurs semblent néanmoins associer étroitement «non-imputabilité» et «absence de faute»: cf. à ce propos BECKER, n. 1 à l'art. 119 CO; BUCHER, A. T., p. 412; ENGEL, p. 706; VON TUHR/ESCHER, p. 94; JUNOD, p. 39; BARTH, p. 17; BESSON, p. 35; BISCHOFF, p. 122; KELLER/FISCHER, p. 137, n. 4 en bas de page.

⁵¹ Par exemple selon les art. 55 ou 101 CO ou 333 CCS.

⁵² Cf. par exemple art. 103 CO.

⁵³ Par exemple, le corps certain périt après la conclusion du contrat par suite d'un défaut dont le vendeur doit répondre, même sans faute de sa part, selon les art. 197 CO ss.

⁵⁴ Cf. SCHÖNLE, n. 18 à l'art. 185 CO et les critiques qu'il formule à l'endroit notamment des opinions exprimées par GIGER et POROY; voir également SCHÖNLE, *in* Mélanges Tandogan, p. 267, let. b et les réf. citées à la n. 4; JUNOD, p. 53 et les réf. citées; SCHMUTZ, p. 39 et les réf. citées à la n. 4.

l'art. 101 CO même sans avoir personnellement commis de faute mais sans pouvoir apporter de preuve libératoire⁵⁵, l'application de l'art. 119 al. 1 CO est exclue⁵⁶.

Le vendeur ne pourra pas davantage se prévaloir de l'effet libératoire prévu par l'art. 119 al. 1 CO si l'impossibilité est due à un cas fortuit survenant alors qu'il est déjà en demeure de débiteur, à moins qu'il ne puisse apporter la preuve libératoire de l'art. 103 al. 2 CO⁵⁷. Il doit en aller de même dans tous les cas où le débiteur répond du cas fortuit en raison d'une norme spéciale⁵⁸.

Le vendeur n'est pas non plus libéré selon l'art. 119 al. 1 CO lorsque l'impossibilité de fournir une prestation conforme résulte de défauts dont il est garant conformément aux art. 197 ss CO⁵⁹. Le vendeur répond de ces défauts et de leurs effets, même s'ils ne se manifestent qu'après le moment du transfert des risques⁶⁰.

Enfin, l'art. 119 CO ne sera pas applicable dans les hypothèses où le débiteur de la prestation touchée a promis au créancier qu'il assumerait les conséquences de tout cas fortuit touchant son obligation⁶¹.

On observe dans ces exemples que ce n'est pas l'art. 119 CO qui détermine si les circonstances de l'impossibilité sont imputables ou non au débiteur (vendeur), ni si celui-ci doit répondre ou non des conséquences de l'inexécution; cela est réglé par la ou les bases légales spécifiques en matière de

⁵⁵ Le débiteur n'est en effet libéré de sa responsabilité selon l'art. 101 CO qu'à la condition d'établir que l'auxiliaire a fait preuve de toute la diligence que l'on était en droit d'attendre du débiteur lui-même. Cf. SCHÖNLE, n. 23a à l'art. 185 CO et les réf. citées, ainsi que Mélanges Tandogan, p. 267; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2864 ss, 2873; PICHONNAZ, pp. 193 s.

⁵⁶ Cf. AEPLI, n. 17 et 57-59 à l'art. 119 CO et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3278; SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO, et Mélanges Tandogan, p. 267 et les réf. citées; PICHONNAZ, p. 191, ch. 807, en rapport avec les pp. 193 s.

⁵⁷ Cf. AEPLI, n. 17 *in fine* et n. 59 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3279; SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO; PICHONNAZ, pp. 194 ss, en particulier ch. 839.

⁵⁸ Voir les exemples cités chez GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2782.

⁵⁹ Cf. HONSELL, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 à l'art. 197 CO; GIGER, n. 42 et 78 à l'art. 197 CO; SCHMUTZ, p. 38, ad n. 4 en bas de page; POROY, p. 60; STANISLAS, p. 110, ad n. 28 en bas de page et les réf. citées.

⁶⁰ Cf. HONSELL, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 à l'art. 197 CO et n. 6 à l'art. 208 CO («weiterfressende Mängel»); POROY, p. 60, et STANISLAS, p. 121. Ce cas doit être distingué de la perte ou de l'altération *fortuites*, après le moment du transfert des risques, d'une marchandise entachée de défauts dont le vendeur doit répondre. Cf. à ce propos *infra*; partie III.

⁶¹ Cf. AEPLI, n. 59 à l'art. 119 CO; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 8 à l'art. 119 CO; PICHONNAZ, pp. 198 ss.

responsabilité⁶². L'art. 119 CO ne fait qu'énoncer les conséquences de l'absence de toute responsabilité⁶³.

2.24 L'art. 119 ne s'applique pas, malgré la survenance d'une impossibilité subséquente non imputable au vendeur, lorsque celui-ci pouvait ou devait envisager la survenance de l'obstacle déjà lors de la conclusion du contrat⁶⁴. Le vendeur qui, dans de pareilles circonstances, conclut néanmoins le contrat sans faire de réserves ou sans avertir son cocontractant répondra selon l'art. 97 CO⁶⁵ du dommage que cette faute précontractuelle pourra lui avoir causé⁶⁶. Cette responsabilité écarte corrélativement l'application de l'art. 119 al. 1 CO.

Si c'est le *créancier* qui commet cette *culpa in contrahendo*, le débiteur de la prestation touchée doit être libéré de toute obligation conformément à l'art. 119 CO et peut réclamer à son créancier, sur la base de l'art. 97 CO, la réparation de son dommage. Cette application de l'art. 97 CO au créancier exclut donc, dans le cas d'un contrat synallagmatique, qu'il puisse invoquer l'art. 119 al. 2 CO.

2.25 Si l'impossibilité est due à l'inobservation fautive par le vendeur ou une personne dont il répond selon l'art. 101 CO d'un devoir accessoire déduit de l'art. 2 al. 1 CCS, par exemple d'un devoir de conserver la chose vendue

⁶² Art. 97, 101, 103, 197 ss CO etc.

⁶³ Cf. AEPLI, n. 57 à l'art. 119 CO.

⁶⁴ Cf. ATF 111 II 352, JT 1986 I pp. 73 ss. Voir chez PICHONNAZ, pp. 201 à 204, une analyse détaillée de l'ATF 111 II cité ici, en particulier une critique de la prévisibilité hypothétique de l'impossibilité retenue par le Tribunal fédéral.

⁶⁵ Les dommages-intérêts en cas de faute précontractuelle peuvent également être réclamés sur la base de l'art. 41 CO si ladite faute constitue un acte illicite, ce qui est le cas si l'on considère que la partie qui n'informe pas son cocontractant commet par là un dol au sens de l'art. 28 CO ou viole l'interdiction générale de la tromperie intentionnelle (cf. GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 963 ss et les réf. citées).

⁶⁶ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3167 et 3280; voir aussi l'ATF 111 II 352, JT 1986 I pp. 73 ss, 74-75 et AEPLI, n. 56 à l'art. 119 CO; *contra* ZIEGLER A., pp. 22 ss. A noter que le Tribunal fédéral et AEPLI semblent considérer ce cas comme une impossibilité *imputable au débiteur* soumise à l'art. 97 CO. Cette *qualification* peut étonner. Par exemple, dans l'ATF 111 II cité, on ne peut imputer au vendeur l'impossibilité d'exécution découlant de l'interdiction étatique d'exporter l'installation atomique. Cela étant, sur le plan de la *sanction* et sous réserve de la question controversée du délai de prescription de l'action en dommages-intérêts selon l'art. 97 CO en cas de *culpa in contrahendo* (cf. GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 971 et les réf. citées), il n'y a pas de différence entre la solution d'AEPLI et celle proposée ici, puisque les deux recourent à l'art. 97 CO et écartent l'art. 119 al. 1 CO.

jusqu'à sa prise en charge par l'acheteur au domicile du vendeur, ce sera l'art. 97 ou 101 CO qui s'appliquera, écartant également par là l'art. 119 CO.

2.26 Il est également envisageable que les conséquences d'obstacles juridiques à la prestation du vendeur soient *imputables* à celui-ci. Ainsi en va-t-il par exemple lorsqu'un comportement du vendeur provoque directement une mesure d'interdiction ou lorsqu'une telle mesure a son origine ou sa cause dans la personne du vendeur⁶⁷.

2.27 Si la survenance de l'impossibilité est imputable au vendeur au sens défini ci-dessus, l'art. 119 CO ne s'appliquera donc pas⁶⁸, avec pour conséquence que le vendeur ne sera pas libéré et qu'il restera tenu d'indemniser l'acheteur du préjudice subi du fait de l'inexécution de la prestation attendue⁶⁹. Le cas échéant, la dette originelle du vendeur se transforme donc en dette de dommages-intérêts; l'obligation du vendeur subsiste dans son principe mais l'objet de sa prestation change⁷⁰. Cela étant, le contrat étant maintenu, le vendeur ne perd pas son droit à la contre-prestation et l'acheteur reste donc tenu d'apporter le prix convenu, en rapport d'échange⁷¹ avec l'indemnité due par le vendeur.

A noter qu'il est possible à l'acheteur de se libérer de sa dette de prix, soit en la compensant avec la dette du vendeur en dommages-intérêts⁷², soit en se départant du contrat. En effet, bien que cette dernière possibilité ne soit pas expressément prévue par la loi, certains auteurs admettent qu'il doit être également possible au créancier de résoudre le contrat et de garder sa propre prestation dans les hypothèses de l'art. 97 CO⁷³.

⁶⁷ Pour le cas où le vendeur connaissait ou aurait pu ou dû connaître, lors de la conclusion du contrat, l'éventualité de la survenance d'un obstacle de nature juridique et n'en a pas informé son partenaire, cf. *supra*, ch. 2.24 et *infra*, ch. 2.109 *in fine* et les réf. citées.

⁶⁸ Art. 119 al. 1 CO *a contrario*; cf. également SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO.

⁶⁹ Dommages-intérêts positifs pour inexécution (art. 97 al. 1 CO); cf. SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO; PICHONNAZ, pp. 190 s., ch. 801 et 805.

⁷⁰ Cf. AEPLI, n. 19-20 à l'art. 119 CO; PICHONNAZ, p. 190, ch. 804.

⁷¹ Art. 82 CO.

⁷² Sans même passer par la théorie de la différence, cf. art. 120 ss CO et GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, t. II, n° 1813; voir néanmoins SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

⁷³ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3163; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1814 et 1820; BUCHER, 2e éd., p. 339; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 223; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 3 des remarques préliminaires aux art. 97 à 109 CO et n. 58 à l'art. 97 CO; SCHÖNLE, n. 124 à l'art. 185 CO et les réf. citées, ainsi que n. 171 s. à l'art. 184 CO; avis contraire chez VON TUHR/ESCHER, p. 105 *ad* n. 79 en bas de page.

2.28 Si l'impossibilité subséquente durable, matérielle ou juridique, frappant la prestation du vendeur *n'est pas imputable* à ce dernier, il sera libéré en conformité de l'art. 119 al. 1 CO.

6. Une impossibilité objective

aa. Notions

2.29 L'impossibilité visée à l'art. 119 CO est une impossibilité *objective*⁷⁴.

En principe, ce qui est *subjectif* a trait à la personne même de l'intéressé ou à des circonstances qui lui sont propres; inversement, ce qui est *objectif* a trait à des situations ou circonstances extérieures à ladite personne⁷⁵.

2.30 Lorsque «*le motif de l'impossibilité tient donc à des circonstances qui ne sont pas propres à la personne du débiteur*»⁷⁶, avec pour corollaire qu'elle ne peut être (parfaitement) apportée par aucun débiteur⁷⁷, la prestation est qualifiée d'*objectivement* impossible.

Elle sera *subjectivement* impossible lorsque seul le débiteur, pour des motifs qui ne tiennent qu'à lui ou à des circonstances qui lui sont propres, ne peut plus apporter ce qu'il doit, alors qu'un tiers pourrait s'en charger⁷⁸. La

⁷⁴ Cf. SCHÖNLE, n. 21 *in initio* à l'art. 185 CO et Mélanges Tandogan, p. 266 et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3126 et 3274; AEPLI, n. 47 ss à l'art. 119 CO; VON BÜREN, A. T., pp. 385 ss, 390; voir également PICHONNAZ, pp. 121 ss, en particulier ch. 518 s., qui rejette même purement et simplement le concept d'impossibilité subjective et s'en tient donc à la seule notion d'impossibilité objective.

⁷⁵ Cf. également BARTH, p. 36.

⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1805.

⁷⁷ Cf. SCHÖNLE, n. 21 à l'art. 185 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3128 et les réf. citées au n° 3130; ENGEL, p. 477; AEPLI, n. 47 à l'art. 119 CO; BISCHOFF, p. 123; BUCHER, A. T., p. 248; ZIEGLER, A., p. 55; VON TUHR/ESCHER, p. 94; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 39; CAYTAS, p. 23; BARTH, p. 36 et les réf. citées n. 9 et 10; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 10 à l'art. 97 CO et n. 5 à l'art. 119 CO; KOLLER, Schweizerisches OR, p. 203; PICHONNAZ, p. 79, ch. 325 et les réf. citées. Pour une présentation (notamment historique) détaillée des notions d'impossibilité objective et subjective, voir les exposés de BARTH, pp. 21 ss et BESSON, pp. 29 ss.

⁷⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3135; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n. 1806; ZIEGLER A., p. 55; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 97 CO. Voir chez BARTH, p. 37, ch. 1 et 2, les qualités particulières que doit présenter le tiers théoriquement capable d'exécuter la prestation du débiteur empêché: il doit pouvoir être concrètement déterminé ou atteint et offrir sa prestation dans des circonstances analogues à celles dans lesquelles se trouve le débiteur empêché; à défaut, la possibilité d'exécution du tiers reste purement théorique et l'impossibilité doit être qualifiée d'objective (cf. également GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, t. II, n° 1868 *in fine* et les réf. citées).

prestation subjectivement impossible reste donc en principe objectivement possible. On parle également dans ce cas d'*incapacité subjective*⁷⁹.

2.31 Malgré ces deux définitions, le régime juridique (*infra, bb*) et les délimitations entre impossibilité objective et incapacité subjective dans certains cas critiques (*infra, cc*) soulèvent des difficultés.

bb. Régime juridique de l'impossibilité subséquente objective et subjective: difficultés et controverses

2.32 Une partie importante de la doctrine⁸⁰ soumet à l'art. 97 CO les cas d'impossibilité subséquente fautive et à l'art. 119 CO ceux dans lesquels la survenance de l'impossibilité n'est pas imputable (à faute) au débiteur. Dans l'optique de ces auteurs, il est ainsi indifférent que cette impossibilité puisse être qualifiée d'objective ou de subjective, au sens défini ci-dessus⁸¹.

Cette approche perd néanmoins de vue que l'incapacité subséquente subjective d'apporter la prestation convenue malgré la possibilité objective d'exécution est en principe un cas de demeure au sens des art. 102 ss CO⁸².

2.33 Selon une minorité⁸³, seule l'impossibilité subséquente subjective tombe sous le coup de l'art. 97 CO. Cette opinion est manifestement incorrecte, dans la mesure où elle part de l'idée (fausse) qu'une impossibilité subjective survient toujours par la faute du débiteur⁸⁴.

⁷⁹ «Blosses Unvermögen des Schuldners», cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3135; SCHÖNLE, n. 22 à l'art. 185 CO et SJ 1977, p. 469. Vu le caractère encore objectivement possible de la prestation, le débiteur étant seul incapable de la fournir, cette désignation paraît plus appropriée.

⁸⁰ Cf. BISCHOFF, pp. 124 ss et les réf. citées à la n. 42; BARTH, pp. 37 ss, 39; ENGEL, p. 706; VON TUHR/ESCHER, pp. 93 ss, 97; GUHL/MERZ/KOLLER, pp. 39 et 223; ZIEGLER A., pp. 64 s. et 73; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 97 CO et n. 8 à l'art. 119 CO.

⁸¹ Cf. VON TUHR/ESCHER, p. 97: «Bei der nachträglichen Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie objektiv, d.h. für jedermann vorliegt, oder nur subjektiv für den Schuldner besteht».

⁸² Cf. *infra*, ch. 2.34.

⁸³ Cf. DESCHENAUX, RDS 61/1942, pp. 536a ss; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 3 à l'art. 97 CO et n. 4 à l'art. 119 CO.

⁸⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3139 *in fine*.

2.34 Un troisième groupe soumet les cas d'incapacité subjective subséquente aux règles de la demeure du débiteur (art. 102 ss CO)⁸⁵, l'impossibilité objective subséquente étant réglée par les art. 97/101 ou 119 CO, selon qu'elle est ou non imputable au débiteur de la prestation touchée.

Cette dernière approche, notamment l'application des règles sur la demeure à l'incapacité subjective, doit être approuvée.

La demeure au sens de l'art. 102 CO est effectivement un cas d'incapacité subjective, qui «*ne requiert que l'exigibilité d'une prestation objective-ment possible (...)*»⁸⁶. L'état de fait de l'incapacité subjective subséquente⁸⁷ peut ainsi parfaitement être soumis aux art. 102 ss CO, sans distorsion.

Ensuite, les règles de la demeure, de par les choix qu'elles laissent au créancier de la prestation touchée⁸⁸, prévoient pour le cas de l'incapacité subjective une palette de solutions plus souples que celles prévues aux art. 97 ou 119 CO. Notamment, dans le cas d'une incapacité dont la durée est indéterminable, le créancier peut décider lui-même d'attendre une éventuelle meilleure tournure des choses ou de résoudre le contrat⁸⁹. Alors que, selon les art. 97 ou 119 CO, le créancier n'a plus aucune prétention en exécution.

Enfin, dans les hypothèses où le débiteur n'est pas responsable de son incapacité d'apporter la prestation, les règles sur la demeure ne le désavantagent pas non plus par rapport à la solution prévue par l'art. 119 CO, puisqu'il pourra toujours «*opposer à toute action en dommages-intérêts (...) la preuve d'absence de faute de sa part*»⁹⁰.

2.35 Cela étant, dans certaines situations, la qualification d'impossibilité subjective et l'application des règles sur la demeure conduisent à des résultats

⁸⁵ Cf. VON BÜREN, A. T., pp. 365, 385 ss, **390**; SCHÖNLE, n. 169, 172 et 176 à l'art. 184 CO ainsi que n. 21, 22 et 125 à l'art. 185 CO; le même, in *Mélanges Tandogan*, pp. 266-267 et les réf. citées n. 1; le même, in *Centenaire du CO*, pp. 420 s.; le même, in *SJ* 1977, pp. 469 s.; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3140 ss; AEPLI, n. 49 à l'art. 119 CO; ZIEGLER A., pp. 66 s.

⁸⁶ Cf. SCHÖNLE, *SJ* 1977, p. 469.

⁸⁷ Cf. *supra*, ch. 2.30.

⁸⁸ Cf. art. 107/109 CO et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3141a.

⁸⁹ Cf. AEPLI, n. 49 à l'art. 119 CO, VON BÜREN, A. T., pp. 390 s. et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3145. A noter encore que s'il décide d'attendre, cette possibilité ne le désavantage pas, puisqu'il peut retenir sa contre-prestation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu ce qui lui était contractuellement dû (art. 82 CO); dans le même sens en matière de contrat de vente, voir SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 266 *in fine*.

⁹⁰ SCHÖNLE, *Centenaire du CO*, pp. 420 s. Sur l'application des règles de la demeure à l'incapacité subjective subséquente, voir également les développements et justifications de GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3141 ss.

insatisfaisants. Il s'agit donc, au vu de ces cas critiques⁹¹, de délimiter les champs d'application respectifs des règles sur l'impossibilité objective subséquente et sur la demeure, en affinant les principes et définitions présentés ci-dessus.

cc. Inadéquation des règles sur la demeure dans certains cas critiques d'incapacité subséquente

i. Vol ou perte du corps certain vendu

2.36 *Le vol ou la perte du corps certain vendu mais non encore livré constitue a priori selon la définition donnée ci-dessus un cas d'incapacité subjective⁹² d'exécution. En effet, le vendeur ne peut plus ce que pourrait un autre, c'est-à-dire le voleur ou celui qui retrouve la chose.*

Selon les règles sur la demeure applicables aux cas d'incapacité du débiteur⁹³, l'acheteur a ainsi la possibilité d'agir contre le vendeur selon les art. 102 ss CO. Il devra donc mettre son vendeur en demeure, c'est-à-dire «*l'interpeller*». Si le voleur ou celui qui a retrouvé la chose est inconnu et que le vendeur n'a ainsi concrètement aucun moyen de retrouver le corps certain et de le livrer à l'acheteur, cette interpellation peut même être superflue selon la jurisprudence, qui admet que l'art. 108 ch. 1 CO – qui inclut les cas dans lesquels «*...der Schuldner (...) ernstlich und bestimmt erklärt hat, nicht leisten (...) zu können*»⁹⁴ – s'applique par analogie à l'art. 102 CO⁹⁵.

En outre, pour les mêmes raisons, l'art. 108 ch. 1 CO dispensera également l'acheteur d'accorder au vendeur le délai de grâce de l'art. 107 al. 1 CO. L'acheteur se trouvera ainsi directement face au triple choix que lui confère l'art. 107 al. 2 CO⁹⁶.

⁹¹ Seules seront examinées les situations pouvant se présenter dans le cadre d'un contrat de vente. Pour une vue d'ensemble des problèmes de délimitation que posent les art. 102 ss et 97/119 CO en matière d'impossibilité subséquente d'exécution, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3148 ss.

⁹² Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3151; SCHÖNLE, n. 22 à l'art. 185 CO; *idem*, Mélanges Tandogan, p. 266, let. a; *idem*, SJ 1977, p. 469; *idem*, Le Centenaire du CO, p. 420; VON BÜREN, A. T., p. 390; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 97 CO. *Contra*: VON TUHR/ESCHER, p. 97; voir également BUCHER, A. T., p. 248.

⁹³ Cf. *supra*, ch. 2.34 et les réf. citées.

⁹⁴ Cf. VON TUHR/ESCHER, p. 150; voir également ENGEL, p. 729; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 3 à l'art. 108 CO; BECKER, n. 3 à l'art. 108 CO.

⁹⁵ Cf. ATF 97 II 58, 64 (fr.) et 94 II 26, JT 1968 I, p. 328.

⁹⁶ Persister à réclamer l'exécution, renoncer à l'exécution et demander des dommages-intérêts pour inexécution ou se départir du contrat. A noter qu'en l'espèce, vu l'absence de faute du vendeur, l'acheteur n'aura que le choix de réclamer l'exécution (sans dommages-intérêts de retard) ou de se départir du contrat (sans dommages-intérêts négatifs – art. 109 al. 2 CO).

Dans ces circonstances particulières, dans lesquelles toute mise en demeure apparaît superflue, on peut se demander s'il n'est pas artificiel de recourir précisément aux dispositions sur la demeure pour régler les prétentions entre acheteur et vendeur? Lorsqu'il est impossible de mettre la main sur le voleur ou celui qui a retrouvé la chose et qu'il est donc exclu de déterminer quand l'empêchement prendra fin, ne faut-il donc pas considérer que l'on est en présence d'une véritable *impossibilité objective durable*⁹⁷, malgré la possibilité – résolument toute théorique – qu'un tiers puisse un jour livrer à la place du vendeur ?

Affirmer dans de telles circonstances que la prestation touchée reste *objectivement possible* serait irréaliste. BARTH objecte du reste que l'on ne peut parler d'incapacité subjective dans un cas de ce genre qu'à la condition que le tiers capable d'exécuter la prestation du débiteur puisse être concrètement déterminé ou atteint et qu'il puisse offrir sa prestation dans des circonstances analogues à celles dans lesquelles se trouve le débiteur empêché⁹⁸.

Les cas d'incapacité subjective, tels le vol ou la perte, dans lesquels le tiers théoriquement capable de faire la prestation à la place du débiteur ne peut absolument pas être déterminé ou atteint doivent donc être traités comme des impossibilités objectives⁹⁹. Leur appliquer les art. 102 ss CO – ou refuser de les soumettre à l'art. 119 CO – aurait pour effet de forcer la définition de la possibilité objective d'exécution au-delà de ce qui est logique et réaliste.

2.37 Toutefois, selon SCHÖNLE¹⁰⁰, l'application de l'art. 119 CO au vol ou à la perte de la chose vendue, qui restent à son avis des cas d'incapacité subjective subséquente non fautive¹⁰¹, conduirait à des résultats choquants dans le cas particulier d'un contrat de vente, en raison des règles sur le transfert des risques mises en œuvre par le renvoi de l'art. 119 al. 3 CO.

Dans le souci de limiter au maximum la portée des règles sur le transfert des risques, SCHÖNLE suggère de définir restrictivement l'impossibilité objective visée à l'art. 119 CO, afin d'éviter qu'en cas de vol non imputable au vendeur, l'acheteur ne doive payer le prix de la chose sans la recevoir.

⁹⁷ *Contra*: GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3151; VON BÜREN, A. T., p. 390; SCHÖNLE, n. 22 et 125 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

⁹⁸ Cf. BARTH, p. 37, ch. 1 et 2.

⁹⁹ Cf. également ZIEGLER A., p. 60; BUCHER, A. T., p. 248; WIEGAND, *in* Recht 1983, p. 7; VON TUHR/ESCHER, p. 94; BARTH, p. 37.

¹⁰⁰ Cf. SCHÖNLE, n. 22 et 125 à l'art. 185 CO; *idem*, Mélanges Tandogan, p. 266, let. a; *idem*, Centenaire du CO, p. 420; *idem*, SJ 1977, p. 469. Voir dans le même sens GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3151. Avis contraire chez ZIEGLER, A., pp. 59 s., 60.

¹⁰¹ SCHÖNLE, n. 22 et 125 à l'art. 185 CO.

Cela revient à réduire le champ d'application d'une norme de la partie générale du Code des obligations, en fonction d'une disposition isolée de la partie spéciale limitée *ratione materiae* au seul contrat de vente¹⁰².

Or, il paraît préférable que le domaine de l'art. 119 CO soit défini en considération de sa place au sein de la partie générale du Code des obligations et de l'ensemble des situations que cette disposition est appelée à régler. Ainsi, si l'on veut à tout prix restreindre le champ d'application des règles sur le transfert des risques¹⁰³, il semble plus conforme à la systématique de la loi et à l'impératif de sécurité du droit d'y procéder dans le cadre de la norme dont on veut limiter les effets. Le respect de ce principe général s'impose du reste d'autant plus en l'espèce que l'art. 185 CO admet des «*exceptions résultant de circonstances particulières*»¹⁰⁴, ce que l'art. 119 CO ne prévoit pas.

ii. Marchandises en un lieu inaccessible

2.38 Autre cas d'incapacité subjective au sens défini ci-dessus, que les dispositions sur la demeure ne règlent cependant pas de manière satisfaisante, celui de la prestation théoriquement encore possible mais qui ne peut être concrètement apportée (par le débiteur ou un tiers) qu'au terme de difficultés pratiquement insurmontables.

On songe par exemple à la perte de la chose vendue en un lieu déterminé ou déterminable mais dans des circonstances qui *excluent en pratique et concrètement toute possibilité de récupération*. C'est le cas d'école de la perte au fond de la mer de la cargaison vendue; c'est aussi le cas du corps certain saisi en cours de transport, sans aucune faute du vendeur, par un groupement

¹⁰² «Die *periculum emptoris*-Regel ist singulärer Art und auf den Kaufvertrag beschränkt», BUCHER, RDS 1970 I, p. 284; voir également VON TUHR/ESCHER, p. 133 et VON TUHR/PETER, p. 56 *in fine*. En réalité, l'art. 185 CO s'applique également à un nombre limité d'autres contrats (cf. art. 237, 437 ou 531 al. 3 CO *in fine*), mais ne vaut pas pour tous les contrats d'aliénation (dans le même sens SCHÖNLE, n. 142 à l'art. 185 CO). Avis contraire chez GIGER, n. 16 à l'art. 185 CO, et WEBER, n. 64 à l'art. 71 CO, dont l'analyse extensive paraît clairement infirmée par le texte français de l'art. 185 CO, par la place de celui-ci au sein des dispositions sur la vente et par l'analyse des dispositions qui ont précédé l'art. 185 CO dans les textes du CC/CO de 1881, 1905, 1909 et 1911 (voir FF 1881 III, pp. 111 s.; FF 1905 II, pp. 20, 23 et 119; FF 1909 III, p. 832; Bull. Stén., CN, 1909, pp. 568 s.).

¹⁰³ Ce qui est peut-être souhaitable: «l'art. 185 al. 1 CO consacre (...) une règle qui déroge à plus d'un point de vue au système juridique suisse» et est «contraire aux conceptions généralement admises dans le public» (ATF 84 II 158, 161); voir aussi *supra*, ch. 1.5; SCHÖNLE, SJ 1977 p. 469 et Centenaire du CO, p. 420, n. 22; BUCHER, *in* RDS 1970 I, p. 284; GIGER, n. 74 à l'art. 185 CO.

¹⁰⁴ Cf. à ce propos ATF 84 II cité.

révolutionnaire connu. La prestation pouvant (théoriquement) être apportée, ces cas ne devraient en principe pas être qualifiés d'impossibilité objective. Cela étant, pour les motifs déjà exposés, il n'y aurait pas davantage de sens à appliquer les règles sur la demeure dans ces situations-ci où, à l'évidence, la prestation est concrètement impossible en pratique, en sorte que toute mise en demeure paraît *définitivement* superflue et dépourvue d'effet¹⁰⁵.

Dans cette optique, certains auteurs parlent à ce propos d'*impossibilité pratique*¹⁰⁶ et l'assimilent, à juste titre, à l'impossibilité objective de l'art. 119 CO¹⁰⁷.

dd. Essai de solution: recours au critère de l'exécutabilité de la prestation pour délimiter les champs d'application des art. 102 ss CO et 97/119 CO en matière d'impossibilité subséquente

2.39 Un critère général de distinction entre impossibilité objective et incapacité subjective n'est pas aisé à établir, et celui basé sur la seule possibilité d'exécution par un tiers n'est pas entièrement satisfaisant, puisque, pris à la lettre, il conduit à qualifier d'objectivement possibles certaines prestations dont il faut reconnaître, précisément en toute objectivité, que personne ne peut raisonnablement les apporter.

2.40 Il a été proposé de recourir au critère de l'*exécutabilité de la prestation touchée*¹⁰⁸.

Si l'exécution réelle, *in natura, in forma specifica*, de la prestation promise peut encore être obtenue soit du débiteur lui-même — éventuellement par la voie de l'exécution forcée —, soit encore par le recours à un tiers¹⁰⁹, cas échéant connu ou raisonnablement déterminable, la prestation reste possible en dépit de l'incapacité du débiteur; il ne serait pas juste d'appliquer ici les

¹⁰⁵ Cf. KOLLER, Schweizerisches OR, p. 208, ch. 871.

¹⁰⁶ Cf. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, t. II, n° 1868 et les réf. citées.

¹⁰⁷ Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1799. La prestation touchée étant considérée comme concrètement impossible, il ne peut pas s'agir d'un cas d'exorbitance (cf. *infra*, ch. 2.85 ss et les réf. citées), puisque celle-ci supposerait que la prestation soit possible. Voir néanmoins les avis contraires cités par KOLLER, Schweizerisches OR, p. 205, n. 384 en bas de page.

¹⁰⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, t. II, n° 1869 et GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1810. Construction apparemment abandonnée (sans explications) par GAUCH et SCHLUEP, dans leur 6ème édition. Même construction proposée par PICHONNAZ, pp. 87, ch. 360 ss.

¹⁰⁹ Cf. art. 98 CO.

règles sur l'impossibilité¹¹⁰. C'est dès lors un cas d'*incapacité subjective*, qui doit être soumis aux règles sur la demeure.

Ce qui est déterminant dans ce contexte, lorsque le débiteur ne peut s'exécuter lui-même, c'est la possibilité d'identifier et d'atteindre concrètement le tiers capable d'apporter la prestation à sa place.

2.41 Inversement, lorsqu'il est établi, d'une part, que le débiteur ne peut absolument pas s'exécuter et, d'autre part, qu'aucun tiers théoriquement en mesure d'apporter la prestation à sa place ne peut être concrètement identifié et atteint — l'exécution par un tiers n'est donc qu'une hypothèse purement théorique, sans aucune possibilité de concrétisation —, on ne peut raisonnablement pas considérer que la prestation est objectivement possible.

Le créancier qui, dans ce cas, réclamerait l'exécution réelle de la prestation à laquelle il a droit ne pourrait donc l'obtenir, même par le recours à un tiers (art. 98 CO). Plus personne ne pouvant effectuer la prestation touchée, celle-ci est alors objectivement impossible¹¹¹ et cette situation doit être soumise aux art. 97 ou 119 CO, selon que cette impossibilité est ou non imputable au vendeur. Ni la lettre ni l'esprit de ces normes ne paraissent s'opposer à cet affinement de l'impossibilité objective, par le recours à ce critère de l'*exécutabilité* de la prestation touchée.

2.42 A la lumière de ce critère, le vol ou la perte du corps certain vendu constituera un cas d'impossibilité objective¹¹² chaque fois qu'une action en exécution réelle, le cas échéant auprès d'un tiers (art. 98 CO) théoriquement capable d'apporter la prestation en souffrance (par exemple le voleur ou celui qui trouve la chose), se heurtera à des difficultés insurmontables en raison, par exemple, de l'ignorance de l'identité du voleur ou de celui qui a retrouvé la chose. Cela a pour conséquence, dans la mesure où l'on ne peut reprocher au vendeur aucune faute dans la survenance du vol ou de la perte, qu'il sera définitivement libéré (art. 119 al. 1 CO).

Il en va de même lors de la disparition de la chose vendue dans des circonstances rendant sa récupération pratiquement impossible. Dans la mesure où il n'existe aucun tiers (déterminable) placé dans une situation analogue à celle du vendeur auquel l'exécution de la prestation en souffrance puisse

¹¹⁰ Cf. dans le même sens GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1810 *in fine*.

¹¹¹ Cf. dans le même sens PICHONNAZ, pp. 87 s., ch. 360 ss.

¹¹² Cf. CORTESI, p. 4, *ad* n. 9 en bas de page, qui retient (sans développements particuliers) le vol au nombre des événements dont l'acheteur est susceptible d'avoir les risques. Même avis chez TERCIER, ch. 622.

être réclamée, celle-ci doit être considérée comme définitivement et objectivement impossible. Avec pour conséquence que le vendeur auquel cette impossibilité n'est pas imputable est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO.

- c. L'effet juridique de l'art. 119 al. 1 CO: la libération du vendeur, c'est-à-dire le transfert du risque de sa prestation à l'acheteur

2.43 Si toutes les conditions de l'art. 119 al. 1 CO au sens défini ci-dessus sont réalisées, le vendeur est définitivement libéré de toute obligation. L'acheteur ne peut donc plus lui réclamer l'exécution de la prestation originelle ni une autre prestation à titre de garantie ou de dommages-intérêts. Il supporte par conséquent le *risque de la prestation du vendeur*¹¹³.

Le risque qu'il supporte est donc celui de toute impossibilité définitive, durable et objective d'exécution, non imputable au vendeur et survenant après la conclusion du contrat, c'est-à-dire selon l'opinion soutenue ici:

- le risque de toute destruction ou détérioration fortuite de la chose vendue¹¹⁴;
- aux conditions qui viennent d'être évoquées, le risque de perte ou de vol;
- le risque d'empêchements de nature juridique (embargos, blocages, saisies etc.)¹¹⁵.

En principe, selon l'art. 119 al. 1 CO, l'acheteur supporte ce risque à compter du moment auquel la prestation du vendeur devient impossible.

A ce propos, il convient en réalité de distinguer deux moments, qui ne coïncident pas nécessairement dans tous les cas: celui auquel une obligation de livrer une chose devient logiquement impossible (*infra*, 1) et celui à compter duquel les risques de la prestation du vendeur sont transférés à l'acheteur (*infra*, 2).

¹¹³ Cf. *supra*, ch. 2.2 ss, 2.6 et les réf. citées, en particulier SCHÖNLE, n. 18 *in initio* et 31 à l'art. 185 CO.

¹¹⁴ Dans le même sens, SCHÖNLE, n. 18 et 19 à l'art. 185 CO.

¹¹⁵ Cf. *supra*, ch. 2.19 et les réf. citées, notamment SCHÖNLE, n. 18 et 21 à l'art. 185 CO.

1. *Le moment auquel l'exécution d'une obligation de livrer une chose devient logiquement impossible*

2.44 L'obligation de livrer une chose porte soit sur un *corps certain* soit sur une *chose déterminée par son genre* (ou *chose de genre*).

Ce rappel est important, car le moment à compter duquel l'exécution d'une obligation devient impossible dépend de la nature de l'objet qui est dû.

aa. Dans les ventes portant sur des corps certains

2.45 Lorsque la vente et l'obligation de livrer qui en découle ont pour objet un *corps certain*, c'est-à-dire une chose déterminée individuellement dans l'accord des parties¹¹⁶, seule la livraison de cette chose vaudra exécution conforme de l'obligation.

Avec pour conséquence que l'exécution conforme de la prestation du vendeur deviendra logiquement impossible au moment précis auquel le corps certain aura été perdu, détérioré, volé, séquestré, saisi, interdit etc.¹¹⁷.

bb. Dans les ventes portant sur des choses déterminées par leur genre

2.46 Dans le cas d'une obligation de fournir une *chose de genre*, l'objet à fournir n'est déterminé, lors de la conclusion du contrat, que par les critères du genre auquel il doit appartenir¹¹⁸.

Dans ces cas, l'exécution ne devient pas impossible du seul fait que la chose que le vendeur destinait à l'exécution de sa dette, et qui présentait toutes les caractéristiques retenues par l'accord des parties, vient fortuitement à périr ou à disparaître.

En effet, en l'absence d'une désignation individuelle de l'objet de la prestation du vendeur, c'est le *genre convenu* qui est dû; aussi longtemps que celui-ci existe et que l'on peut trouver des choses correspondant à la définition retenue conventionnellement par les parties, la disparition d'un élément que le vendeur destinait à l'exécution de son obligation de livraison n'affecte

¹¹⁶ Cf. WEBER, n. 12 à l'art. 71 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 97; SCHÖNLE, n. 44 à l'art. 184 CO et les réf. citées.

¹¹⁷ Cf. VON BÜREN, A. T., p. 26: «die Erfüllung der Stückschuld wird unmöglich durch den Untergang des geschuldeten Stücks». Cf. également SCHÖNLE, n. 20 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

¹¹⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 98; SCHÖNLE, n. 44 à l'art. 184 CO et les réf. citées.

aucunement la faculté qu'a ce dernier de mettre à la disposition de son acheteur une nouvelle chose du même genre¹¹⁹: «*genus non perire censetur*»¹²⁰.

Ainsi, pour pouvoir logiquement parler d'impossibilité dans cette hypothèse, il faudrait que le genre tout entier soit perdu, détérioré, volé, saisi, interdit etc.¹²¹.

2.47 Inversement, aussi longtemps que le genre existe et que le débiteur empêché peut se procurer et fournir une autre pièce du genre convenu, il n'y a pas impossibilité mais incapacité passagère de livrer, qui sera soumise aux règles de la demeure, avec pour conséquence, en principe, le maintien de l'obligation originelle.

2.48 Lorsque l'obligation du vendeur porte sur la livraison d'une chose appartenant à un genre limité (*begrenzte* ou *beschränkte Gattungsschuld*), c'est-à-dire lorsque «*la chose à livrer doit être prélevée sur un stock limité de marchandises du même genre*»¹²², on pourra parler d'impossibilité objective lorsque le stock (limité) sera perdu, détérioré, volé, saisi, etc.

2. *Le moment du transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur*

2.49 Bien que la mise en œuvre de l'art. 185 CO dépende de la réalisation des conditions de l'art. 119 al. 1 CO¹²³, on observe que l'art. 185 al. 2 CO n'attend pas nécessairement la disparition, perte ou destruction de tout le genre (ou du genre limité) pour faire passer à l'acheteur le risque du prix de la chose vendue.

¹¹⁹ Sous réserve du cas où la fourniture du genre est empêchée pour des raisons juridiques (cf. BUCHER, A. T., p. 74); dans ce cas, l'obstacle juridique touchant le genre entier rend la prestation impossible.

¹²⁰ Cf. également SCHÖNLE, n. 20 et 26 à l'art. 185 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3133.

¹²¹ Cf. VON BÜREN, A. T., p. 25: «*die Erfüllung der Gattungsschuld hingegen wird unmöglich erst durch den Untergang des ganzen Genus*»; SCHÖNLE, n. 26 à l'art. 185 CO; le même, in *Mélanges Tandogan*, p. 269, ch. 2; BARTH, p. 54; BESSON, p. 33; WIEGAND, in *HONSELL/VOGT/WIEGAND*, n. 19 ss à l'art. 97 CO; WEBER, n. 98 ss à l'art. 71 CO; VON TUHR/PETER, pp. 53 ss, 55; BISCHOFF, p. 124; AEPLI, n. 50 à l'art. 119 CO; CAYTAS, p. 179; POROY, p. 39; ATF 57 II 508, JT 1932 I pp. 403 ss.

¹²² ATF 57 II 508, JT 1932 I p. 403 ss. Voir également SCHÖNLE, n. 26 à l'art. 185 CO; AEPLI, n. 50 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 99 et t. II, n° 3133; BARTH, pp. 54 ss.

¹²³ Cf. *supra*, ch. 2.7 et les réf. citées.

Le transfert du risque du prix selon l'art. 185 CO peut donc intervenir à un moment auquel la prestation du vendeur n'est en soi pas impossible au sens logique qui vient d'être défini ci-dessus.

Puisqu'il ne peut pas y avoir transfert du risque du prix à l'acheteur avant le transfert du risque de l'impossibilité d'exécution¹²⁴, cela implique que, dans certains cas, l'art. 119 CO transfère à l'acheteur le risque de l'impossibilité d'exécution frappant la prestation du vendeur avant même que celle-ci ne soit logiquement impossible *stricto sensu*.

Cela appelle les observations suivantes, en distinguant à nouveau selon que l'obligation du vendeur porte sur la livraison d'une chose de genre ou d'un corps certain et en tenant également compte de la nature portable, quéérable ou sujette à expédition de sa dette.

- aa. Transfert du risque de la prestation du vendeur dans les ventes de choses de genre – l'importance du lieu d'exécution pour la détermination du moment de ce transfert

2.50 Dans les ventes de choses déterminées par leur genre, dans lesquelles lors de la conclusion du contrat la marchandise à livrer à l'acheteur n'est déterminée que par les critères du genre auquel elle doit appartenir, le *risque du prix* passe à l'acheteur au moment de l'*individualisation* de la chose destinée à l'exécution du contrat (art. 185 al. 2, 1^{ère} phrase CO).

Dans les cas où la chose vendue doit en outre être expédiée dans un autre lieu, la seconde phrase de l'art. 185 al. 2 CO met le risque du prix à la charge de l'acheteur dès que le vendeur s'est *dessaisi de la chose à l'effet de l'expédition*.

2.51 Sans aborder ici les détails de la réglementation de l'art. 185 CO, on peut simplement constater à ce stade que, lorsque l'obligation du vendeur a pour objet la livraison d'une chose de genre, le risque du prix n'est transféré à l'acheteur qu'après que le vendeur a exécuté, au *lieu d'exécution* défini par le contrat ou subsidiairement par la loi¹²⁵, un certain nombre d'actes¹²⁶.

Lorsqu'il est convenu que le lieu d'exécution des obligations du vendeur en vue du transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété de la marchandise est au domicile du vendeur, où l'acheteur doit prendre livraison de

¹²⁴ Cf. *supra*, ch. 2.7.

¹²⁵ Cf. art. 74 al. 1 et 2 CO.

¹²⁶ Cf. également SCHÖNLE, n. 30 à l'art. 185 CO.

la chose (*dette quérable*¹²⁷), le vendeur est tenu d'individualiser (art. 71 CO) une marchandise conforme aux spécifications contractuelles ou, à défaut de telles spécifications, une chose de qualité moyenne (art. 71 al. 2 CO) et de la tenir à disposition de l'acheteur en ce lieu d'exécution¹²⁸.

Lorsqu'il est convenu que le lieu d'exécution des obligations du vendeur est à son domicile ou à son établissement ou encore en un autre endroit, mais que le vendeur est tenu, en ce lieu d'exécution, d'expédier la chose (*dette sujette à expédition*) en un autre lieu (qui n'est pour sa part qu'un lieu de destination), le vendeur doit individualiser la chose (art. 71 CO) et la remettre au lieu d'exécution à un transporteur indépendant aux fins de son expédition¹²⁹.

Enfin, lorsqu'il est convenu que l'obligation du vendeur de transférer la possession et la propriété de la marchandise doit être exécutée en un autre lieu (d'exécution) que le domicile ou l'établissement du vendeur (*dette portable*), le vendeur est tenu d'individualiser la chose (art. 71 CO), de l'acheminer au lieu d'exécution convenu (généralement le domicile ou l'établissement de l'acheteur) et de l'y offrir à l'acheteur¹³⁰.

2.52 Selon l'opinion soutenue ici, c'est, dans chacune de ces trois hypothèses, au plus tôt au moment auquel le vendeur accomplit, au lieu d'exécution, le *dernier* de ces actes que l'art. 185 CO fait passer le *risque du prix* à l'acheteur¹³¹. Cela impose que le *risque de la prestation du vendeur* selon l'art. 119

¹²⁷ Ce qui est le cas normalement prévu par la loi (art. 74 al. 2 ch. 3 CO) en l'absence de stipulation particulière quant au lieu d'exécution.

¹²⁸ Pour un exposé détaillé du régime juridique des dettes quérables, cf. *infra*, ch. 4.197 ss.

¹²⁹ Cf., pour les détails, *infra*, ch. 4.47 ss.

¹³⁰ Le transfert des risques de la dette portable n'est pas expressément réglé par l'art. 185 al. 2 CO, ce qui a donné naissance à une importante controverse: dans le silence de la loi, d'aucuns soumettent la dette portable d'une chose de genre à la règle générale de l'art. 185 al. 2 CO 1^{ère} phrase, avec pour effet que les risques seraient transférés à l'acheteur dès l'individualisation de la chose. D'autres soutiennent, à raison, que le transfert des risques en cas de dette portable d'une chose de genre doit suivre l'esprit général de l'art. 185 al. 2 CO et n'intervenir qu'une fois que le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu tous les actes et démarches que l'acheteur était en droit d'attendre de lui selon le contrat. Pour les détails à ce propos, cf. *infra*, ch. 4.219 ss.

¹³¹ Cf. SCHÖNLE, n. 30 à l'art. 185 CO. Pour être précis, en matière de dettes *portables*, le risque du prix est transféré à l'acheteur, non au moment auquel le vendeur met la chose individualisée à sa disposition au lieu d'exécution et de destination convenu, mais lorsque l'acheteur en prend livraison en cet endroit ou, s'il ne le fait pas, au moment à compter duquel son inaction constitue une demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO. Cf. à ce propos SCHÖNLE, n. 30, 36 *in fine*, 92 et 106 ss à l'art. 185 CO. Voir également *infra*, ch. 4.233 ss, en particulier 4.234 à 4.236.

al. 1 CO soit transféré à l'acheteur au plus tard à ce même moment, puisque le transfert de ce risque est condition *sine qua non* du transfert du risque du prix¹³².

Cela signifie que, dans une vente portant sur une chose de genre, le risque de la prestation du vendeur est transféré à l'acheteur :

- si la dette est quérable, dès que le vendeur tient à son domicile, à la disposition de l'acheteur, une marchandise dûment individualisée, conforme au genre dû ou convenu¹³³;
- si la dette est sujette à expédition, dès qu'une marchandise dûment individualisée, conforme au genre dû ou convenu, est remise, aux fins de son acheminement à l'acheteur, au transporteur indépendant, au lieu d'exécution convenu¹³⁴;
- enfin, si la dette est portable, dès que le vendeur a apporté au lieu d'exécution convenu une marchandise du genre dû ou convenu, dûment individualisée, et que l'acheteur est en demeure de créancier¹³⁵.

Il résulte de cela qu'une perte, une destruction ou une altération fortuite de la chose de genre après que le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu le dernier des actes attendu de lui peut le libérer conformément à l'art. 119 al. 1 CO, bien qu'à ce moment l'état de fait d'une impossibilité objective au sens logique ne soit pas réalisé. En effet, pour que l'on puisse parler d'impossibilité objective dans la vente de choses de genre, il faut que le genre entier soit perdu, détérioré ou détruit¹³⁶, ce qui n'est le plus souvent pas le cas au moment où la chose de genre que le vendeur destine à l'exécution d'un contrat déterminé vient à être fortuitement touchée.

On observe ainsi qu'en matière de vente de choses déterminées par leur genre, le transfert à l'acheteur du risque de l'impossibilité frappant la prestation du vendeur peut avoir lieu avant ou sans même que cette prestation soit objectivement impossible au sens logique évoqué ci-dessus.

2.53 Ce résultat imposé par la systématique des art. 119 et 185 CO permet dès lors de définir comme suit la portée de l'art. 119 CO et, plus particulière-

¹³² Cf. SCHÖNLE, n. 28 à l'art. 185 CO. Voir également *supra*, ch. 2.7 et les réf. citées.

¹³³ Cf. SCHÖNLE, n. 30, 33 ss et 81 à l'art. 185 CO.

¹³⁴ Cf. SCHÖNLE, n. 30, 63 et 92 à l'art. 185 CO.

¹³⁵ Cf. SCHÖNLE, n. 30, 36 et 92 à l'art. 185 CO.

¹³⁶ Cf. *supra*, ch. 2.46 ss et les réf. citées. Voir aussi dans le même sens SCHÖNLE, n. 28 à l'art. 185 CO.

ment, la notion d'impossibilité dans les ventes portant sur des choses de genre¹³⁷.

L'art. 119 al. 1 CO libère le vendeur, débiteur d'une chose de genre, non seulement lorsque le genre tout entier ou le genre limité a disparu — c'est-à-dire lorsque la prestation est logiquement impossible — mais également lorsque le vendeur a accompli, au lieu d'exécution, tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui au titre de l'exécution de sa prestation et qu'il lui est néanmoins impossible, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, de transférer à l'acheteur la possession et la propriété de la chose qu'il avait préparée en vue de sa livraison¹³⁸.

Il découle de cette approche que l'impossibilité visée à l'art. 119 CO doit être comprise d'une façon extensive¹³⁹, à tout le moins dans la vente¹⁴⁰. Outre les cas d'impossibilité logique *stricto sensu*, cette impossibilité englobe également les cas dans lesquels, bien que sa prestation puisse encore objectivement être apportée, le vendeur est néanmoins empêché, en raison de circonstances qui ne lui sont pas imputables, de transférer à l'acheteur la possession et la propriété de la chose de genre qui lui est destinée, alors qu'il a accompli à cette fin, au lieu d'exécution, tout ce qui était en son devoir¹⁴¹.

Il résulte également de ce qui précède que le lieu auquel le vendeur est tenu d'exécuter ses obligations contractuelles en vue du transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété de la marchandise qui lui est destinée revêt une importance décisive, dans les ventes de choses de genre, pour la détermination du moment auquel le risque de la prestation — et, partant, celui du prix — est transféré à l'acheteur.

¹³⁷ Cf. dans un sens analogue SCHÖNLE, n. 26 ss, 30, et 89 à l'art. 185 CO, qui, parallèlement à l'interprétation systématique, retient également une approche historique et téléologique.

¹³⁸ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 27 et 30 à l'art. 185 CO.

¹³⁹ Cf. aussi SCHÖNLE n. 28 à l'art. 185 CO.

¹⁴⁰ Cette interprétation extensive de l'art. 119 CO est en effet fondée sur la systématique propre aux art. 119 et 185 CO. Elle vaut donc pour la vente et les contrats auxquels l'art. 185 CO s'applique, soit en vertu d'une norme spéciale (par exemple art. 237 CO, 437 CO ou 531 al. 3 CO *in fine*), soit selon l'art. 1 al. 2 CCS. Voir à ce propos SCHÖNLE, n. 138-141 à l'art. 185 CO. En accord avec SCHÖNLE, n. 142 à l'art. 185 CO, l'art. 185 CO ne s'applique pas à tous les contrats d'aliénation (*contra* WEBER, n. 64 à l'art. 71 CO et les réf. citées). Dans les contrats d'aliénation auxquels l'art. 185 CO ou une règle analogue ne s'applique pas, l'élément systématique qui est ici prépondérant fait défaut, avec pour conséquence qu'il paraît exclu de leur appliquer cette interprétation large de l'impossibilité.

¹⁴¹ Cf. SCHÖNLE, n. 28 à l'art. 185 CO.

2.54 Toutefois, dans une hypothèse particulière, l'accomplissement par le vendeur, au lieu d'exécution convenu, de toutes les obligations mises à sa charge n'a pas d'importance pour la fixation du moment du transfert du risque de la prestation.

Quels que puissent être le lieu d'exécution convenu et les actes attendus du vendeur en ce lieu, l'acheteur supporte en effet dès la conclusion du contrat le risque d'une impossibilité objective fortuite d'exécution due à la perte, disparition, destruction de l'*intégralité* du genre auquel devait appartenir la chose à livrer: si, après la conclusion du contrat, tout le genre – le cas échéant limité – auquel doit appartenir la marchandise vient à périr, la prestation attendue du vendeur est objectivement et définitivement impossible¹⁴², et celui-ci est alors intégralement libéré (art. 119 al. 1 CO), sans que l'acheteur puisse exiger une prestation de dédommagement ou de remplacement¹⁴³.

Puisque l'obligation du vendeur de fournir des marchandises du genre convenu est objectivement impossible *stricto sensu*, le risque de cette impossibilité passe à l'acheteur même en l'absence de toute individualisation des marchandises¹⁴⁴. Les auteurs qui soutiennent le contraire¹⁴⁵ perdent de vue que, dans la vente de choses de genre, le risque de la prestation du vendeur est transféré à l'acheteur dans deux hypothèses: soit lorsque cette prestation est logiquement et objectivement impossible *stricto sensu* parce que le genre entier n'est plus disponible pour aucun débiteur, cette impossibilité logique étant par définition indépendante de toute individualisation de la marchandise¹⁴⁶; soit lorsque la prestation est en soi encore objectivement possible, mais que le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu toutes les obligations mises à sa charge, au nombre desquelles l'individualisation de la chose¹⁴⁷.

bb. Transfert du risque de la prestation du vendeur en cas de vente d'un corps certain

2.55 Dans la vente d'un corps certain, le risque d'une impossibilité fortuite de la prestation du vendeur est transféré à l'acheteur dès la conclusion du contrat¹⁴⁸.

¹⁴² Cf. *supra*, ch. 2.46 *in fine* et 2.48.

¹⁴³ Cf. également SCHÖNLE, n. 26 *in initio* à l'art. 185 CO.

¹⁴⁴ Cela a pour conséquence que le transfert du risque du prix en cas de disparition du genre s'aligne sur l'alinéa premier (et non l'al. 2) de l'art. 185 CO. Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 26 à l'art. 185 CO.

¹⁴⁵ Cf. EGLI, p. 96; POROY, pp. 47 s.

¹⁴⁶ Cf. *supra*, ch. 2.46 *in fine* et 2.48.

¹⁴⁷ «Impossibilité» *lato sensu*, cf. *supra*, ch. 2.53.

¹⁴⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 20 à l'art. 185 CO; KELLER/FISCHER, p. 140, n. 26 en bas de page.

En effet, si, à compter de ce moment-là, l'objet de la prestation du vendeur vient à être fortuitement perdu, détruit, détérioré, volé, saisi etc., le vendeur est libéré de la prestation originelle (art. 119 al. 1 CO) et de toute autre obligation de dédommagement et/ou de correction (art. 97 ss, 102 ss et 197 ss CO appliqués *a contrario*)¹⁴⁹. Demeure réservée le cas échéant l'obligation du vendeur — totalement indépendante de l'art. 119 al. 1 CO — de transférer à l'acheteur les éventuelles valeurs de remplacement qu'il pourrait recevoir, par exemple, d'un tiers responsable ou d'un assureur¹⁵⁰.

L'acheteur supporte donc à compter de la conclusion du contrat le risque de toute impossibilité matérielle ou juridique, subséquente et objective frappant fortuitement la prestation du vendeur.

Ainsi, contrairement à ce qui peut se passer en matière de vente de choses de genre, le risque de la prestation portant sur un corps certain est transféré à l'acheteur à un moment à compter duquel toute perte, détérioration, destruction, vol ou saisie du corps certain constitue *effectivement* une impossibilité logique d'exécution parfaite de l'obligation du vendeur.

2.56 Contrairement à ce qui vaut dans les ventes portant sur des choses de genre¹⁵¹, le lieu où le vendeur doit exécuter ses obligations n'a donc pas d'incidence sur la détermination du *moment théorique* auquel le risque de sa prestation est transféré à l'acheteur.

Cela étant, contrairement à une idée semble-t-il assez répandue¹⁵², la définition du lieu d'exécution n'est toutefois pas dénuée de tout intérêt dans le cadre du transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur portant sur un corps certain¹⁵³. En effet, pour que ce risque passe à l'acheteur, il faut que le vendeur soit libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO), ce qui implique qu'il ne doit pas répondre de ce qui empêche l'exécution de celle-ci¹⁵⁴.

¹⁴⁹ En revanche, tout ce qui touche ou affecte le corps certain, objet de la convention des parties, *avant* la conclusion du contrat est constitutif, soit d'une impossibilité initiale au sens de l'art. 20 CO si la chose est détruite, soit d'un défaut au sens des art. 197 ss CO si elle n'est que détériorée. En tout état, il n'y a pas de place dans ces hypothèses pour un transfert des risques à l'acheteur. Soit l'objet du contrat est d'emblée impossible et les deux parties ne sont tenues d'aucune obligation (art. 20 al. 1 CO), soit le contrat est conclu mais son objet est entaché de défauts en raison desquels l'acheteur peut agir en garantie selon les art. 205 ss CO en réclamant une réduction du prix ou la résolution du contrat. Cf. également PETITPIERRE, *Mélanges Tandogan*, pp. 165-166, ch. 2 et 3 et les réf. citées; THÉVENOZ, p. 487.

¹⁵⁰ Cf. *infra*, ch. 2.67 ss.

¹⁵¹ Cf. *supra*, ch. 2.54 *in fine*.

¹⁵² Cf. par exemple HEGETSCHWEILER, p. 85; EGLI, p. 102.

¹⁵³ Cf. SCHÖNLE, n. 41 ss à l'art. 185 CO.

¹⁵⁴ Cf. *supra*, ch. 2.21 ss; ATF 44 II 406.

Or, précisément, sa responsabilité pour ce qui peut toucher sa prestation sera plus ou moins étendue selon la nature (quérable, sujette à expédition ou portable) de sa dette, c'est-à-dire selon le lieu où cette dette doit être exécutée¹⁵⁵.

2.57 Il est par exemple convenu que le vendeur livrera le corps certain à l'acheteur au domicile de ce dernier. Sa dette est donc portable, ce qui signifie que le lieu d'exécution de toutes les obligations du vendeur est au domicile de l'acheteur et que le vendeur a en particulier une obligation contractuelle personnelle de transporter la marchandise à l'acheteur¹⁵⁶. Même si le vendeur confie ce convoiement à un transporteur indépendant, celui-ci devient l'auxiliaire du vendeur dans l'exécution d'une obligation lui incombant, avec pour conséquence que le vendeur doit répondre selon l'art. 101 al. 1 CO¹⁵⁷ de tout événement imputable au transporteur survenant en cours de transport et empêchant le transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété du corps certain qui lui était destiné. Dans ce cas, la responsabilité qu'encourt le vendeur pour l'acte du transporteur empêche¹⁵⁸ que le risque de sa prestation puisse être transféré à l'acheteur, et cela quand bien même l'obstacle survient après le moment (théorique) auquel le risque de la prestation a passé à l'acheteur.

Si, en revanche, la dette du vendeur est stipulée sujette à expédition, l'obligation du vendeur est limitée à l'expédition du corps certain à l'adresse de l'acheteur; le lieu d'exécution de toutes les obligations du vendeur est en principe son propre domicile ou établissement¹⁵⁹. Le transporteur indépendant auquel il confiera le convoiement à partir de ce lieu ne sera donc pas son auxiliaire dans l'exécution de ses obligations, en sorte que le vendeur ne devra pas répondre d'un éventuel événement, même imputable au transporteur, survenant en cours de transport et empêchant le transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété du corps certain qui lui était destiné. Dans ce cas, le fait fautif du transporteur est un cas fortuit dont le vendeur ne répond pas. Survenant après le moment (théorique) auquel le risque de la prestation a passé à l'acheteur, il entraîne donc la libération du vendeur (art. 119 al. 1 CO) et le transfert corrélatif à l'acheteur du risque de sa prestation.

¹⁵⁵ Dans le même sens, cf. SCHÖNLE, n. 23 ss à l'art. 185 CO.

¹⁵⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 25 et 43 à l'art. 185 CO.

¹⁵⁷ Sauf preuve libératoire que l'auxiliaire a agi avec toute la diligence que l'on eût été en droit d'attendre du vendeur s'il avait agi lui-même. Cf. SCHÖNLE, n. 23a à l'art. 185 CO.

¹⁵⁸ Art. 119 al. 1 CO *a contrario* en rapport avec l'art. 101 al. 1 CO.

¹⁵⁹ Cf. également SCHÖNLE, n. 24 et 42 à l'art. 185 CO et les renvois.

2.57a Selon un avis majoritaire¹⁶⁰, le transfert à l'acheteur du risque du prix dans la vente de corps certains a également lieu dès la conclusion du contrat, suivant ainsi immédiatement le transfert du risque de l'impossibilité frappant la prestation du vendeur. Selon ces auteurs, cette solution s'applique à tous les types de ventes de corps certains¹⁶¹ sans qu'il y ait lieu de distinguer entre dette du vendeur portable, quérable ou sujette à expédition.

Selon l'opinion soutenue ici, l'art. 185 al. 1 CO ne règle le transfert du risque du prix que dans les ventes de corps certains dans lesquelles la dette du vendeur est *quérable*¹⁶². En revanche, lorsque celle-ci est *sujette à expédition* ou *portable*, ces stipulations particulières justifient, conformément à l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, qu'il soit dérogé à la règle générale du transfert des risques au moment de la conclusion du contrat (art. 185 al. 1 CO *in initio*) et que le transfert du risque du prix soit réglé selon des principes analogues à ceux dégagés en matière de choses de genre¹⁶³.

Dans cette mesure, le lieu d'exécution, s'il n'a effectivement aucune incidence sur la détermination du moment auquel le risque de la prestation est transféré à l'acheteur, a en revanche une importance certaine pour la définition du moment du transfert du risque du prix.

¹⁶⁰ Cf. SCHÖNLE, n. 45, 46 et 54 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, p. 26, ch. III; GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO; KELLER/LÖRTSCHER, p. 24; POROY, p. 46; CAYTAS, p. 192; BUCHER, RDS 1970 I, p. 281. Avis contraire chez KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 et 15 à l'art. 185 CO.

¹⁶¹ A l'exception de celles sous condition suspensive: cf. art. 185 al. 3 CO, SCHÖNLE, n. 56 ss à l'art. 185 CO, GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO et *infra*, ch. 4.272 s.

¹⁶² Cf. *infra*, ch. 4.211. Voir dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 *in fine* à l'art. 185 CO et CORTESI, p. 126.

¹⁶³ Dans les dettes sujettes à expédition, transfert du risque du prix lors de la remise de la marchandise au transporteur au lieu d'exécution; dans les dettes portables, transfert du risque du prix lorsque l'acheteur prend livraison de la chose au lieu d'exécution convenu ou, s'il refuse ou tarde sans motif de le faire, lors de sa demeure de créancier. Cf. *infra*, ch. 2.119 ss, 2.121, 4.82 ss et 4.244 ss.

Section B

Questions particulières en rapport avec l'impossibilité

- a. L'impossibilité partielle et subséquente d'exécution, non imputable au débiteur¹⁶⁴

1. Généralités

2.58 L'impossibilité est *partielle* lorsque le débiteur de la prestation touchée ne peut livrer qu'une partie de ce qu'il doit.

Cela vise avant tout les cas dans lesquels le débiteur est empêché de fournir *toute la quantité promise*¹⁶⁵.

Cela étant, la jurisprudence¹⁶⁶ a également admis au titre de l'impossibilité partielle des cas où le débiteur était dans l'impossibilité de fournir des objets de la *qualité* convenue — ou, en l'absence d'accord des parties sur une certaine qualité, des objets de qualité moyenne (cf. art. 71 al. 2 CO) — mais pouvait encore livrer des pièces de qualité inférieure. Cette solution ne peut cependant valoir qu'à certaines conditions¹⁶⁷.

2. Régime juridique

- aa. Impossibilité partielle, non imputable au débiteur, de livrer toute la quantité convenue («quantitative Teilunmöglichkeit»)

2.59 L'impossibilité partielle n'est pas expressément réglée dans la loi¹⁶⁸. Parmi les diverses solutions envisagées par la doctrine et la jurisprudence¹⁶⁹, c'est une application par analogie de l'art. 119 al. 1 CO qui paraît la mieux adaptée¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Sur toute cette question, cf. principalement BARTH, pp. 44 ss et AEPLI, n. 109-124 à l'art. 119 CO.

¹⁶⁵ Cf. dans le même sens AEPLI n. 110 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3315; PICHONNAZ, p. 146, ch. 612, et p. 282, ch. 1219.

¹⁶⁶ Cf. ATF 69 II 97, JT 1943 I pp. 541 ss. Voir aussi AEPLI, n. 119 à l'art. 119 CO et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3315 *in fine*.

¹⁶⁷ Cf. *infra*, ch. 2.63 ss.

¹⁶⁸ Cf. BARTH, p. 48 et AEPLI, n. 109 à l'art. 119 CO.

¹⁶⁹ Par exemple application analogique des art. 20 al. 2 CO (*contra*: ATF 107 II 149) ou encore 196 al. 2 ou 209 CO; cf. BARTH, p. 48.

¹⁷⁰ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3316 et AEPLI, n. 111 à l'art. 119 CO.

Ainsi, «*le débiteur est en principe libéré de la partie de la prestation qu'il ne peut pas effectuer, si cette impossibilité ne lui est pas imputable (art. 119 al. 1 CO par analogie...)*»¹⁷¹.

2.60 Pour la part qui peut encore être exécutée, l'obligation subsiste¹⁷². Il faut cependant que cette part restante ait encore une signification et une valeur eu égard à toutes les circonstances.

Pour cela, la prestation doit tout d'abord être «*divisible de par sa nature ou de par la volonté des parties*»¹⁷³; cela ne sera le cas que «*wenn die Leistung sich in Teile zerlegen lässt, ohne dabei ihren Wert, ihren Charakter oder ihre Bestimmung zu verlieren*»¹⁷⁴. Cette «*divisibilité*» fera notamment défaut lorsque les parties n'ont conclu le contrat qu'en considération de l'exécution de la prestation dans son ensemble¹⁷⁵.

Si l'obligation touchée est divisible au sens défini ci-dessus, le débiteur *devra* apporter la partie encore possible si le créancier la demande. Inversement, le créancier *pourra être tenu* d'accepter une exécution partielle, sans pouvoir invoquer l'art. 69 CO¹⁷⁶, si, eu égard au contrat conclu, aux règles de la bonne foi et aux circonstances, il faut admettre que la prestation ainsi offerte conserve encore «*einen verhältnismässigen Wert*»¹⁷⁷ et représente encore un intérêt pour le créancier¹⁷⁸.

2.61 S'agissant du sort de la contre-prestation dans un contrat synallagmatique, la situation est identique à celle résultant d'une impossibilité totale si la prestation touchée est indivisible ou si le créancier n'a aucun intérêt à l'exé-

¹⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1964; à noter que cette impossibilité partielle doit présenter toutes les caractéristiques énumérées *supra*, ch. 2.8 ss.

¹⁷² Cf. BESSON, p. 40, ch. 1; AEPLI, n. 111 à l'art. 119 CO; VON TUHR/ESCHER, p. 97; BARTH, p. 48; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3317.

¹⁷³ BESSON, même réf.; voir également BARTH, p. 45, CAYTAS, p. 29, PICHONNAZ, p. 139, ch. 586, et AEPLI, n. 110 à l'art. 119 CO.

¹⁷⁴ BARTH, p. 45, n. 8.

¹⁷⁵ Cf. BARTH, p. 45, n. 10.

¹⁷⁶ Cf. AEPLI, n. 115 à l'art. 119 CO; BUCHER, A. T., p. 414; BESSON, p. 40; BISCHOFF, p. 129; BARTH, p. 48; SCHÖNLE, n. 128 à l'art. 185 CO; l'art. 69 CO s'applique tant aux paiements qu'aux prestations partielles (BECKER, n. 1 à l'art. 69 CO).

¹⁷⁷ Cf. BARTH, p. 48.

¹⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3317, parlent à cet égard de «*Zumutbarkeit*»; même idée chez AEPLI, n. 115 à l'art. 119 CO, qui considère avant tout «*die Interessen des Gläubigers*»; dans le même sens SCHÖNLE, n. 128 à l'art. 185 CO; BUCHER, A. T., p. 420; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 119 CO; VON BÜREN, A. T., p. 389; BECKER, n. 3 à l'art. 119 CO.

cution partielle et qu'il peut la refuser pour ce motif¹⁷⁹. Les deux parties sont alors en principe intégralement libérées¹⁸⁰, sous réserve d'un éventuel transfert des risques au créancier¹⁸¹.

En revanche, si la partie encore possible a un sens, une valeur et un intérêt et que les risques n'ont pas encore passé au créancier, celui-ci n'est libéré de son obligation que dans une mesure correspondant à la part qu'il ne peut pas recevoir¹⁸².

2.62 Si les risques sont à la charge du créancier (art. 119 al. 3 CO), celui-ci reste *«tenu de faire toute la contre-prestation promise»*¹⁸³, que la partie encore possible ait ou non un sens et un intérêt. Il n'y a ainsi aucun *«transfert partiel des risques»*, ce qui paraît logique, puisque le risque visé par l'art. 119 al. 3 CO et les normes auxquelles il renvoie est un *risque du prix*¹⁸⁴, c'est-à-dire le risque de devoir payer le plein prix convenu sans recevoir la prestation due ou en n'en recevant qu'une partie.

bb. Impossibilité partielle, non imputable au débiteur, d'apporter des marchandises de la qualité convenue (*«qualitative Teilunmöglichkeit»*)

2.63 Enfin, on l'a évoqué ci-dessus¹⁸⁵, dans le cas d'une obligation de livrer une chose de genre, le Tribunal fédéral a jugé que l'impossibilité objective subséquente de fournir des choses de la qualité convenue pouvait constituer un cas d'impossibilité partielle¹⁸⁶ dans la mesure où il restait possible de livrer des choses du même genre mais de qualité inférieure.

Cette approche n'est acceptable qu'à la condition que *«la marchandise dont la livraison est possible n'apparaisse pas, en raison de sa qualité inférieure, comme une autre chose, c'est-à-dire comme une chose d'un autre*

¹⁷⁹ Cf. BARTH, p. 49; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3317 et les réf. citées.

¹⁸⁰ Cf. AEPLI, n. 114 s. à l'art. 119 CO.

¹⁸¹ Cf. art. 119 al. 3 CO et *infra*, ch. 2.62.

¹⁸² Cf. AEPLI, n. 115 à l'art. 119 CO; BECKER, n. 3 à l'art. 119 CO; BARTH, pp. 49 s.; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3317; SCHÖNLE, n. 128 à l'art. 185 CO; ATF 69 II 97, JT 1943 I pp. 541 ss, 543.

¹⁸³ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1965; dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 5 à l'art. 185 CO; BARTH, p. 50, let. b; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3319; SCHÖNLE, n. 128 à l'art. 185 CO.

¹⁸⁴ Cf. *supra*, ch. 2.1 ss, 2.3.

¹⁸⁵ Cf. *supra*, ch. 2.58.

¹⁸⁶ ATF 69 II 97; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3315 *in fine*.

genre», la différence de qualité ne devant donc pas entraîner une différence de genre¹⁸⁷.

2.64 Lorsque la qualité convenue — voire la qualité moyenne à laquelle tout acquéreur, à défaut de précisions contractuelles particulières, peut s’attendre de bonne foi — est censée répondre à des exigences ou un emploi particuliers auxquels une qualité inférieure ne peut satisfaire, la fourniture de marchandises d’une qualité inférieure sera en principe une livraison de choses d’un autre genre¹⁸⁸.

Dans ce cas, l’impossibilité objective, définitive, subséquente et non fautive de fournir la qualité convenue ou moyenne constituera une *impossibilité totale* d’exécution de la prestation initiale au sens de l’art. 119 CO. Dans cette optique, la possibilité d’apporter des pièces d’une qualité inférieure pourra s’analyser comme une éventuelle nouvelle offre du débiteur, que le créancier sera libre d’accepter ou de refuser conformément aux règles générales sur la conclusion des contrats.

2.65 Que l’impossibilité de fournir la qualité due soit qualifiée de totale ou de partielle, il est constant que le débiteur sera libéré de la prestation originelle qu’il ne peut plus apporter (art. 119 al. 1 CO). Il se pose alors la question du sort de la contre-prestation dans un contrat synallagmatique.

En principe, le créancier de la prestation devenue totalement impossible est à son tour libéré de toute obligation (art. 119 al. 2 CO). Il est libre de refuser ou d’accepter l’offre du débiteur de conclure un nouveau contrat, le cas échéant pour un prix réduit, portant sur une marchandise de qualité inférieure.

Si l’impossibilité de livrer la qualité due n’est que partielle au sens qui vient d’être défini, le débiteur est en principe tenu de fournir la prestation de qualité inférieure et le créancier doit l’accepter pour un prix réduit¹⁸⁹.

2.66 La libération (totale ou partielle) du créancier de sa contre-prestation ne vaut toutefois pas sans réserve dans le cas de la vente.

En effet, l’acheteur supporte dès la conclusion du contrat le risque d’une impossibilité objective de recevoir la qualité due, c’est-à-dire le genre convenu¹⁹⁰. Sauf stipulations ou circonstances particulières, il a dès lors, à

¹⁸⁷ Cf. JT 1943 I pp. 541 ss, extrait du résumé en tête de l’arrêt et p. 544.

¹⁸⁸ Cf. par exemple JT 1943 I cité, p. 544.

¹⁸⁹ Cf. *supra*, ch. 2.61 et les réf. citées.

¹⁹⁰ Cf. *supra*, ch. 2.54b.

compter du même moment, le risque du prix. Ainsi, lorsque, pour des raisons non imputables au vendeur, la fourniture de la qualité due devient objectivement impossible après la conclusion du contrat, il se peut donc que l'acheteur reste tenu de payer le plein prix convenu, alors même qu'il ne reçoit rien ou qu'une marchandise de qualité inférieure.

b. La remise de valeurs de remplacement

1. Généralités – obligations du débiteur

2.67 En doctrine classique, la question de la remise au créancier d'éventuelles valeurs de remplacement se pose lorsque «...*la circonstance qui rend impossible l'exécution de l'obligation donne du même coup naissance à un droit pour le débiteur ou lui procure une valeur patrimoniale destinée à remplacer celle qui a été perdue*»¹⁹¹.

Dans certains cas, il se peut donc que le débiteur d'une prestation partiellement ou totalement impossible, libéré conformément à l'art. 119 al. 1 CO, reçoive ou puisse exiger un succédané ensuite et en raison de la survenance de l'empêchement. Il s'agira le plus souvent d'une indemnisation: prestation d'assurance, dédommagement par un tiers responsable, indemnité d'expropriation, etc.¹⁹².

2.68 En prescrivant l'extinction d'une obligation devenue fortuitement impossible et la libération du débiteur, l'art. 119 al. 1 CO veut avant tout protéger celui-ci¹⁹³. Cela étant, observe la jurisprudence¹⁹⁴, suivie par une doctrine majoritaire, si l'obstacle à l'exécution procure un avantage au débiteur empêché, il paraît conforme au but et à l'esprit de l'art. 119 CO de ne libérer ce dernier qu'à la condition qu'il ait au moins offert cet avantage au créancier.

¹⁹¹ BESSON, p. 42; sur toute cette question, voir PFAMMATTER, ainsi que PICHONNAZ, pp. 332 ss. Voir aussi SCHÖNLE, n. 47 ss à l'art. 185 CO et les réf. citées; AEPLI, n. 125 ss, 133 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3307 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1960; VON TUHR/ESCHER, pp. 131 ss; BARTH, pp. 209 s.

¹⁹² Cf. ATF 112 II 235, 239, c. 4c et les réf. citées.

¹⁹³ ATF 112 II cité et ATF 51 II 171, JT 1925 I p. 202.

¹⁹⁴ Cf. ATF 112 II 235, 239 et les réf. citées; voir également ATF 51 II cité: «en pareil cas, la libération du débiteur n'est conforme à l'équité et à l'esprit de l'art. 119 CO que s'il restitue au créancier le bénéfice obtenu».

En réalité, cette observation doit être affinée, en distinguant dans l'art. 119 CO ses alinéas premier et troisième d'une part, et son alinéa deuxième d'autre part.

En effet, selon l'art. 119 al. 2 CO, dans un contrat synallagmatique non soumis à l'exception de l'art. 119 al. 3 CO, le débiteur et le créancier d'une prestation devenue impossible sont libérés de leurs obligations. Le but de l'art. 119 al. 2 CO est d'opérer une liquidation équilibrée des rapports contractuels des parties, dans le respect du caractère synallagmatique de leur contrat. Ce but est atteint de façon tout à fait satisfaisante par la libération des deux parties telle qu'elle est prévue par le texte clair de la norme, de telle sorte qu'aucune autre mesure n'est nécessaire en vue d'équilibrer la liquidation du rapport contractuel. Dès lors, ni la lettre et l'esprit clairs de l'art. 119 al. 2 CO ni l'équité ne commandent de ne libérer le débiteur de la prestation touchée qu'après qu'il a offert, voire cédé d'éventuelles valeurs de remplacement. Ainsi, selon l'opinion soutenue ici à la lumière du texte clair de l'art. 119 al. 2 CO, dans un contrat synallagmatique non soumis à l'exception de l'art. 119 al. 3 CO, dans lequel l'une des prestations est devenue objectivement impossible, les deux parties sont libérées *ipso facto, ipso jure*, sans égard aux éventuels succédanés qui peuvent être offerts au débiteur de la prestation touchée. Bien évidemment, le créancier de la prestation touchée peut, s'il le souhaite, réclamer les valeurs de remplacement; en pratique, cela devrait rester cependant une hypothèse peu vraisemblable, dans la mesure où, sauf convention expresse contraire, le créancier devrait alors apporter toute sa contre-prestation¹⁹⁵ pour ne recevoir qu'un succédané de la prestation originelle.

En revanche, dans les contrats générateurs d'une seule obligation (la donation, p. ex.) qui devient impossible, de même que dans les contrats synallagmatiques dans lesquels le créancier de la prestation devenue impossible n'est pas libéré de sa propre prestation (essentiellement la vente), la libération du débiteur de la prestation touchée selon l'art. 119 al. 1 CO crée un déséquilibre: dans les premiers, le créancier supporte en effet le risque de l'impossibilité d'exécution de la prestation du débiteur¹⁹⁶; dans les seconds, il supporte en outre le risque de sa propre contre-prestation. Ce déséquilibre est voulu par la loi. Cela étant, si le débiteur libéré de sa prestation reçoit de surcroît une valeur patrimoniale destinée à remplacer celle qui a été perdue, ce déséquilibre est alors accentué dans une mesure que ni la lettre, ni l'esprit de la loi n'ont voulue. C'est dès lors dans ces cas-là qu'il est conforme au but

¹⁹⁵ Cf. *infra*, ch. 2.80 ss.

¹⁹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.6.

et à l'esprit de l'art. 119 al. 1 CO de ne libérer le débiteur de la prestation impossible qu'à la condition qu'il ait au moins offert au créancier les avantages qui lui étoient en raison de l'obstacle affectant sa prestation.

2.69 Dans ces cas, à la demande du créancier, le débiteur *devra* donc lui fournir les valeurs de remplacement. A noter que le débiteur n'est pas tenu de les céder spontanément au créancier; celui-ci doit manifester son intention de les recevoir.

Pour sa part, le créancier n'est pas *obligé* de réclamer ces succédanés ni même d'accepter ceux qui lui sont offerts par son débiteur¹⁹⁷.

Le créancier a ainsi le choix d'exiger la remise des succédanés ou d'y renoncer, tout comme il peut accepter ou refuser ceux que lui offre son débiteur. Il jouit donc sur ce point d'une *faculté formatrice* («*Gestaltungsbefugnis*») qu'il exerce par simple déclaration de volonté adressée au débiteur¹⁹⁸.

2.70 Dans les contrats unilatéraux et dans les contrats synallagmatiques dans lesquels le créancier de la prestation impossible n'est pas libéré de sa contre-prestation, il apparaît ainsi que le débiteur qui reçoit des valeurs de remplacement, s'il est bien libéré de la prestation originelle désormais impossible, ne sera libéré de toute obligation qu'après la cession au créancier des éventuels succédanés ou — ce qui paraît bien improbable — leur refus par celui-ci.

2.71 Pour que le créancier puisse le cas échéant se déterminer sur le sort des succédanés, il doit connaître leur existence et leur valeur. Le débiteur a dès lors une *obligation accessoire* de l'informer à ce sujet¹⁹⁹, ce qui interviendra le plus souvent lorsqu'il lui offrira les valeurs de remplacement.

2.72 Les valeurs de remplacement prennent la place de la prestation originelle touchée²⁰⁰. Leur remise au créancier n'a donc aucun caractère d'*indem-*

¹⁹⁷ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 1981 et AEPLI, n. 133 à l'art. 119 CO; s'il les refuse, il n'est pas en demeure d'acceptation, le succédané n'étant pas la prestation convenue.

¹⁹⁸ Cf. AEPLI, n. 134 à l'art. 119 CO; PFAMMATTER, pp. 23 et 87 ss; PICHONNAZ, p. 347, ch. 1492..

¹⁹⁹ Art. 2 al. 1 CCS. Cf. également AEPLI, n. 140 à l'art. 119 CO; BARTH, p. 211; PFAMMATTER, p. 73; VON TUHR/ESCHER, p. 131, n. 4 en bas de page; PICHONNAZ, p. 351, ch. 1516.

²⁰⁰ Cf. BESSON, p. 43, qui parle de subrogation réelle; BUCHER, A. T., p. 425; VON BÜREN, A. T., p. 389; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3307; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 288; PICHONNAZ, p. 340, ch. 1462; ATF 51 II 171, JT 1925 I 202 et ATF 46 II 429, JT 1921 I 134.

nisation²⁰¹, et la prétention du créancier n'est ainsi pas une action en dommages-intérêts; notamment, le créancier n'a pas à prouver la survenance d'un préjudice pour faire valoir son droit.

Inversement, le débiteur ne peut pas lui refuser le succédané au motif que l'impossibilité ne lui aurait causé aucun dommage ou que le préjudice qu'il subit du fait de l'impossibilité n'atteint pas le montant du succédané²⁰².

2. *Fondement juridique du droit de l'acheteur à la délivrance des valeurs de remplacement*²⁰³

2.73 Au contraire d'autres législations européennes²⁰⁴, le Code des obligations ne contient aucune base légale générale réglant le sort des valeurs reçues par le débiteur en remplacement d'une prestation devenue impossible.

En droit suisse, plus particulièrement en droit de la vente, la solution dépend de la nature du lien juridique entre le vendeur, débiteur de la prestation touchée, et le tiers débiteur de la valeur de remplacement²⁰⁵. On peut ainsi schématiquement distinguer selon que ce tiers est (*aa*) un assureur de la marchandise touchée, (*bb*) le transporteur de celle-ci ou (*cc*) le responsable extra-contractuel de sa détérioration, de sa perte ou de sa destruction.

aa. Valeurs de remplacement reçues d'un assureur couvrant l'impossibilité frappant la prestation du vendeur

2.74 Si une prestation d'assurance est due au vendeur en raison d'une perte, d'une détérioration ou d'une destruction de la marchandise vendue survenant après le moment du transfert à l'acheteur du risque de l'impossibilité²⁰⁶, il est

²⁰¹ Cf. néanmoins l'ATF 112 II 235, JT 1987 I 6, dans lequel le Tribunal fédéral a condamné le débiteur à verser au créancier le *montant du dommage que celui-ci avait subi* du fait de l'impossibilité de recevoir l'objet loué. Voir à ce propos l'analyse critique de PICHONNAZ, p. 339, ch. 1461.

²⁰² Cf. AEPLI, n. 138 à l'art. 119 CO.

²⁰³ Pour une vue d'ensemble des sources du droit au succédané, cf. PICHONNAZ, pp. 334 ss.

²⁰⁴ Art. 1303 CCFr, par. 281 BGB, art. 1259 CCI; cf. aussi SCHÖNLE, n. 47 à l'art. 185 CO et Mélanges Tandogan, p. 269 et les réf. citées; BARTH, p. 208; BESSON, pp. 42 s. et les indications historiques qu'il donne.

²⁰⁵ Dans une vente, il est en tout état exclu de considérer que les valeurs de remplacement seraient un «profit» de la chose vendue au sens de l'art. 185 al. 1 CO, qui aurait passé ex lege à l'acheteur en même temps que les risques. Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 5 ss, 7, à l'art. 185 CO: «kein Nutzen der Kaufsache i.S. von Art. 185 ist das stellvertretende Kommodum». Cf. également PICHONNAZ, p. 349, ch. 1502.

²⁰⁶ Cf. *supra*, ch. 2.49 ss.

généralement admis, en l'absence d'un droit personnel de l'acheteur contre l'assureur, que l'acheteur a le *droit* de réclamer au vendeur la remise de l'indemnité qu'il reçoit de l'assureur, ce droit de l'acheteur se fondant sur un *droit coutumier*, «conforme au sens et à l'esprit de l'art. 119 CO»²⁰⁷ et «correspondant au droit commun et aux législations des pays limitrophes»²⁰⁸.

Ce droit coutumier a pour *effet juridique* de conférer au créancier (acheteur) une prétention contre son débiteur (ici le vendeur) en *transfert* des valeurs déjà reçues ou en *cession* des droits que le débiteur peut encore avoir lui-même contre des tiers, ici l'assureur²⁰⁹.

bb. Valeurs de remplacement reçues d'un transporteur indépendant responsable de l'impossibilité de la prestation du vendeur

2.75 Dans les ventes *sujettes à expédition*²¹⁰, le vendeur, sans être lui-même tenu d'effectuer le transport, assume l'obligation²¹¹ d'expédier par les soins d'un transporteur indépendant la chose en un lieu de destination particulier distinct du lieu d'exécution. S'ajoute donc à l'obligation du vendeur de procurer à l'acheteur la possession et la propriété de la chose vendue, le devoir de conclure un contrat de transport²¹² et de remettre la marchandise au transporteur²¹³.

2.76 Si, après le transfert à l'acheteur du risque de la prestation, la marchandise est perdue, détériorée ou détruite par la faute du convoyeur ou d'une personne dont il répond, seul le vendeur, en ses qualités de partenaire contractuel du transporteur et de propriétaire de la marchandise, peut en principe agir contre le transporteur sur la base des art. 41 ou 447 CO, ou encore

²⁰⁷ ATF 51 II 171, JT 1925 I p. 202; cf. également ATF 112 II 235.

²⁰⁸ SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 269; *idem*, n. 47 à l'art. 185 CO et les très nombreuses réf. citées; BESSON, p. 43; BARTH, p. 208.

²⁰⁹ Cf. AEPLI, n. 136 et 137 à l'art. 119 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3310; ATF 112 II 235, 239 et 51 II 176; VON TUHR/ESCHER, p. 131 ss; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 15 à l'art. 119 CO; PICHONNAZ, p. 348, ch. 1497 et 1500 et les réf. citées.

²¹⁰ Cf. *infra*, ch. 4.47 ss.

²¹¹ Accessoire au sens de l'art. 2 al. 1 CCS. Il ne s'agit en effet pas d'un contrat combiné vente-mandat mais bien d'une vente avec mandat accessoire d'organiser le transport.

²¹² Généralement en son nom mais pour le compte et dans l'intérêt de l'acheteur (cf. art. 189 al. 1 CO).

²¹³ Cf. notamment SCHÖNLE, n. 48 à l'art. 185 CO.

en vertu de normes particulières prévues par d'autres lois et diverses conventions spéciales de transport^{214, 215}.

En effet, s'il n'est pas devenu propriétaire de la chose en conformité d'une disposition spéciale²¹⁶, ou s'il n'est pas au bénéfice d'une disposition particulière d'une convention internationale ou d'une loi spéciale lui reconnaissant une prétention propre contre le convoyeur²¹⁷, l'acheteur auquel la possession de la marchandise n'a pas encore été transférée ne dispose pour sa part d'aucun moyen direct contre le transporteur²¹⁸. Il n'est en effet pas son partenaire contractuel, en sorte qu'il ne peut agir en dommages-intérêts pour inexécution du contrat de transport. Il n'est pas davantage propriétaire de la marchandise, en sorte que, en doctrine classique, il ne subit aucune atteinte illicite à l'un de ses droits subjectifs absolus qui eût pu justifier une action fondée sur l'art. 41 CO²¹⁹.

²¹⁴ Pour une liste de ces normes particulières instituant une responsabilité du transporteur, cf. SCHÖNLE, n. 49 à l'art. 185 CO. A noter dans ce contexte que des dispositions particulières de conventions internationales ou de lois nationales spéciales instituant une responsabilité causale du transporteur peuvent l'emporter sur l'art. 41 CO en tant que *leges speciales*. Voir à ce propos la réserve formulée par SCHÖNLE, même réf.

²¹⁵ A noter que, selon un courant doctrinal qu'il convient d'approuver, l'indemnité que le vendeur peut réclamer au transporteur responsable peut excéder le montant du préjudice direct subi par le vendeur et inclure la couverture d'un éventuel dommage supplémentaire subi par l'acheteur («Drittsschadensliquidation»). Cf. à ce propos *infra*, ch. 2.153 et les réf. citées, notamment VON TUHR/ESCHER, pp. 110 ss et 132 ainsi que SCHÖNLE, n. 51 à l'art. 185 CO.

²¹⁶ Cf. la règle générale de l'art. 714 al. 1 CCS et les cas particuliers de transfert de la possession aux art. 923 à 925 CCS.

²¹⁷ Cf. à ce propos SCHÖNLE, n. 49 à l'art. 185 CO.

²¹⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, t. II, n° 1619. Cela est exact, sous réserve d'un éventuel transfert de créances à l'acheteur en conformité de l'art. 401 al. 1 CO, d'une stipulation contractuelle en faveur de l'acheteur (art. 112 al. 2 CO) ou encore de l'art. 443 CO. SCHÖNLE, n. 49 à l'art. 185 CO, réserve à ce propos également le cas de l'art. 399 al. 3 CO. Cette disposition, qui donne à l'acheteur des droits contre celui que le vendeur s'est substitué, s'applique avant tout aux ventes dans lesquelles le vendeur, lui-même débiteur du transport (dettes portables), confie tout ou partie de celui-ci à un tiers (dès lors auxiliaire au sens de l'art. 101 CO), et ne s'applique en principe pas aux dettes sujettes à expédition, sauf si le vendeur délègue la seule obligation (accessoire) qui lui incombe dans ce contexte, savoir l'organisation de l'expédition.

²¹⁹ Cette approche classique de l'acte illicite limité à la violation d'un droit subjectif absolu est critiquée par divers auteurs, qui considèrent de façon convaincante que l'illicéité devrait également être admise en cas d'interférence dans la possession d'autrui, dans sa sphère d'action, dans l'exercice de ses droits de créancier, etc., sans nécessairement que ces divers aspects de la sphère d'autrui «soient balisés par des droits subjectifs absolus». Cf. principalement à ce propos PETITPIERRE, Les fondements de la RC, pp. 278 s. Voir également YUNG, Principes fondamentaux, *in* Etudes et articles, p. 421, ainsi que Devoirs généraux et obligations, *in* Etudes et articles, pp. 118 s. Appliquée au cas qui nous occupe, cette approche permettrait de considérer que l'acte

2.77 C'est dès lors tant en conformité de l'art. 400 al. 1 CO que du droit coutumier évoqué ci-dessus que l'acheteur peut réclamer à son vendeur la remise des succédanés qu'il reçoit du transporteur, c'est-à-dire concrètement le transfert de ce que le vendeur a déjà obtenu et/ou la cession de ce qui lui est encore dû²²⁰.

cc. Valeurs de remplacement reçues d'un tiers, responsable extra-contractuel de l'impossibilité de la prestation du vendeur

2.78 Le tiers responsable extra-contractuel d'une perte, d'une détérioration ou d'une destruction de la marchandise survenant après le moment du transfert à l'acheteur du risque de l'impossibilité mais avant la tradition à l'acheteur ne doit en principe dédommager que le vendeur, en sa qualité de propriétaire de la chose, sur la base de l'art. 41 CO ou toute autre norme fondant cette responsabilité extra-contractuelle²²¹.

Ces droits du vendeur contre ce tiers doivent être cédés à l'acheteur, à sa demande, en conformité du droit coutumier présenté ci-dessus²²².

3. *Sort de la contre-prestation du créancier dans un contrat synallagmatique*

2.79 Dans un contrat synallagmatique soumis à l'exception de l'art. 119 al. 3 CO (vente, p. ex.), le créancier de la prestation devenue impossible doit

du transporteur, qui cause la perte, la destruction ou la détérioration de la marchandise destinée à l'acheteur, porte une atteinte illicite à la créance de celui-ci en délivrance de la chose, avec pour conséquence que l'acheteur pourrait de ce chef réclamer directement au transporteur la réparation de son préjudice.

²²⁰ Cf. SCHÖNLE, n. 51 *in fine* à l'art. 185 CO. S'agissant du montant de l'indemnité que le vendeur est fondé à réclamer au transporteur responsable contractuellement de la perte ou de la détérioration de la chose vendue, il est admis qu'il englobe, outre le préjudice subi directement par le vendeur, également le dommage causé à l'acheteur par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de la vente («Drittschadensliquidation»). Cf. à ce propos SCHÖNLE, même réf. et *infra* ch. 2.153. Avis contraire chez PIOTET, qui rejette dans son ensemble la construction de la «Drittschadensliquidation».

²²¹ A noter qu'il est soutenu, dans ce contexte également, que le vendeur puisse réclamer directement au tiers responsable extracontractuellement de la perte ou de la détérioration de la chose, outre la réparation du préjudice qu'il subit personnellement en sa qualité de propriétaire de la marchandise touchée, également le dommage subi par l'acheteur du fait de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de la vente («Drittschadensliquidation»). Cf. à ce propos SCHÖNLE, n. 52 à l'art. 185 et *infra*, ch. 2.153. *Contra*: PIOTET.

²²² Cf. *supra*, ch. 2.74 s.; voir également SCHÖNLE, n. 52 à l'art. 185 CO.

fournir sa propre prestation en totalité²²³, qu'il reçoive ou non les éventuelles valeurs de remplacement offertes au débiteur de la prestation touchée.

2.80 Ainsi qu'on vient de le voir, dans un contrat synallagmatique non soumis à l'exception visée par l'art. 119 al. 3 CO, le débiteur et le créancier de la prestation devenue objectivement impossible sont libérés (art. 119 al. 2 CO), même si le débiteur reçoit des valeurs de remplacement en raison de l'obstacle ayant affecté sa prestation. Le créancier qui se satisfait de cet état de fait ne doit donc plus apporter la prestation contractuellement à sa charge

En revanche, si le créancier demande la remise des succédanés offerts au débiteur, il reste, sauf convention expresse contraire, tenu d'exécuter intégralement sa propre obligation et l'échange doit s'opérer *trait pour trait*²²⁴.

En effet, le succédané prend la place de la prestation originelle devenue impossible, qui s'éteint pour sa part avec tous ses accessoires (art. 119 al. 1 et 114 al. 1 CO)²²⁵. Cette substitution ne modifie cependant en rien le rapport d'échange entre prestation et contre-prestation.

2.81 Corollaire de ce qui précède, le créancier de la prestation touchée qui demande la remise des succédanés doit en principe apporter *toute* la contre-prestation convenue.

2.82 Cette solution n'est pas contestée lorsque les succédanés ont une valeur égale ou supérieure à celle de la prestation qu'ils remplacent²²⁶. Elle l'est en revanche lorsque les succédanés ont une valeur économique inférieure à celle de la prestation initialement due au créancier²²⁷: la marchandise détruite en cours de transport était par exemple sous-assurée.

Tant pour les motifs qu'ils exposent que dans un souci de cohérence, il paraît juste de se ranger à l'avis de ceux qui considèrent que la contre-presta-

²²³ Cf. également PICHONNAZ, p. 355, ch. 1537.

²²⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3309 et les réf. citées; AEPLI, n. 144 à l'art. 119 CO; BESSON, p. 43; BARTH, p. 211; ATF 46 II 429, **438** *in fine*; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 15 à l'art. 119 CO; BUCHER, A. T., pp. 424 ss; KELLER/SCHÖBI, t. I, pp. 250 s.

²²⁵ Cf. PICHONNAZ, p. 353, ch. 1527, et pp. 356 s, ch. 1551.

²²⁶ Cf. AEPLI, n. 145 à l'art. 119 CO; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 *in fine* à l'art. 119 CO et les réf. citées; PICHONNAZ, p. 353, ch. 1528.

²²⁷ Favorables à une réduction proportionnelle de la contre-prestation du créancier: BARTH, p. 211, ch. IV; BESSON, p. 43; AEPLI, n. 146 à l'art. 119 CO et les réf. citées; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 *in initio* à l'art. 119 CO; BUCHER, A. T., p. 426; PFAMMATTER, pp. 51 ss; PICHONNAZ, p. 354, ch. 1532 ss. Opposés à une telle réduction: ENGEL, p. 782; VON TUHR/ESCHER, p. 133, n. 16.

tion due par le créancier ne doit pas être réduite²²⁸. Il n'est en effet pas contesté (a) que le succédané, quelle que puisse être sa valeur, se substitue en toute hypothèse à la prestation devenue impossible²²⁹ et (b) que cette substitution n'entraîne aucune augmentation de la contre-prestation du créancier lorsque la valeur du succédané est supérieure à celle de la prestation touchée²³⁰. On ne voit dès lors pas pourquoi pareille substitution imposerait une réduction de la contre-prestation lorsque la valeur du succédané est inférieure à celle de la prestation originelle.

En particulier, l'argument selon lequel il convient de traiter de façon similaire deux situations économiquement identiques²³¹ – i.e. l'impossibilité totale avec offre d'un succédané de valeur inférieure et impossibilité partielle – ne paraît pas décisif. En cas d'impossibilité partielle, le créancier n'a en effet aucune liberté; s'il est établi que l'acceptation de la prestation résiduelle peut être exigée de lui²³², le créancier *est tenu* de s'incliner, en échange d'une contre-prestation qu'il est alors juste de réduire proportionnellement. A l'opposé, en cas d'impossibilité totale avec offre d'un succédané de valeur inférieure à la prestation initiale, le créancier est libre de prendre ou de laisser l'élément patrimonial qui prend la place de la prestation originelle. S'il estime que la valeur du succédané ne justifie pas qu'il apporte sa propre contre-prestation en entier, il renoncera donc au succédané et conservera sa prestation. Cette solution est juste, parce qu'à l'inverse, comme on le verra ci-dessous, le créancier qui se voit offrir un succédané dont la valeur excède celle de la prestation initiale est libre de l'accepter en échange d'une contre-prestation également inchangée.

4. *Sort des valeurs de remplacement qui excèdent la valeur de la prestation devenue impossible*

2.83 Lorsque la valeur de remplacement est *supérieure* à la valeur de la prestation promise au créancier, ce n'est plus le montant de la contre-prestation due par le créancier qui fait problème – tous les auteurs, semble-t-il, considèrent que cette contre-prestation n'a pas à être adaptée – mais le sort des valeurs de remplacement qui excèdent la valeur de la prestation devenue impossible.

²²⁸ ENGEL et VON TUHR/ESCHER, *loc. cit.*

²²⁹ Cf. *supra* ch. 2.72 et les réf. citées.

²³⁰ Cf. ci-après ch. 2.83 et les réf. citées.

²³¹ Cf. notamment PICHONNAZ, p. 354, ch. 1535.

²³² Cf. *supra* ch. 2.60 *in fine*.

En accord avec la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral, l'intégralité du succédané doit être transférée au créancier qui le demande²³³. Cette construction est conforme à l'idée, déjà soulignée ci-dessus, que le succédané, quelle que puisse être sa valeur, «prend la place» de la prestation impossible²³⁴.

5. *Application des principes régissant la remise des succédanés lorsque l'objet de la prestation du vendeur réapparaît après la libération du vendeur?*

2.84 Ainsi qu'on l'a vu²³⁵, le vol ou la perte de la chose vendue doivent être considérés dans certaines circonstances comme des cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO.

Avec pour conséquence que le vendeur, auquel cette disparition n'est pas imputable, est libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO).

2.84a Cela étant, malgré la disparition de la chose, le vendeur en est resté propriétaire et peut la revendiquer aux conditions des art. 641 al. 1 et 2 et 934 CCS pendant cinq ans.

La marchandise volée ou perdue qui réapparaît pendant ce délai réapparaît donc dans les actifs du vendeur.

On doit dès lors se demander si le vendeur, qui doit remettre à l'acheteur, conformément aux principes qui viennent d'être exposés, les valeurs qu'il reçoit en remplacement de la chose vendue, ne doit pas a fortiori lui transférer la chose vendue dont il recouvre la libre disposition.

La réponse paraît clairement affirmative: la chose elle-même reste la meilleure valeur qui puisse être offerte à l'acheteur pour rééquilibrer le rapport qui le lie au vendeur. Une autre solution reviendrait à préférer de façon illogique les prestations de remplacement aux prestations originelles. En cas

²³³ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3314, ainsi que les auteurs cités par AEPLI, n. 147 à l'art. 119 CO; ATF 51 II 171 et 46 II 429; BARTH, p. 211; VON BÜREN, A. T., p. 389; ENGEL, p. 782; CAYTAS, p. 196; PICHONNAZ, p. 354, ch. 1532 ss; PFAMMATTER, pp. 56 ss; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 *in fine* à l'art. 119 CO et les réf. citées; *contra* KELLER/SCHÖBI, t. I, pp. 250 s., qui limitent la prétention du créancier au montant de son intérêt positif. Pour d'autres, cette question doit être résolue individuellement, en fonction des circonstances particulières. AEPLI, n. 147 à l'art. 119 CO et les réf. citées, suggère notamment qu'en cas de succédanés excédant la valeur de la prestation devenue impossible, il n'y a pas lieu de privilégier l'une des parties. Sauf circonstances particulières, l'excédent devrait être partagé entre elles.

²³⁴ Cf. *supra*, ch. 2.72 et les réf. citées, notamment BESSON, p. 43.

²³⁵ Cf. *supra*, ch. 2.39 ss, 2.42.

de vol de la chose vendue, par exemple, il serait absurde que l'acheteur ait contre le vendeur, au titre de la remise des valeurs de remplacement, une créance en versement d'une éventuelle indemnité d'assurance qui apparaîtrait dans les actifs du vendeur en lieu et place de la chose vendue, mais qu'il n'ait pas de prétention en délivrance de la chose elle-même pour le cas où celle-ci, et non une prestation d'assureur, réapparaîtrait dans les mêmes actifs.

2.84b Une réflexion analogue doit être faite lorsque, sans aucune faute du vendeur, la marchandise vendue est confisquée ou bloquée par des autorités suite à une interdiction étatique, et qu'elle est ultérieurement remise à la libre disposition de ce dernier après la levée de l'interdiction.

Ainsi qu'on le verra encore en détail²³⁶, l'interdiction et la mesure de confiscation ou de blocage dont elle est assortie ont pour conséquence que le vendeur est libéré de sa prestation et que l'acheteur en doit le prix, si les conditions de l'art. 185 CO sont réalisées.

Lorsque l'interdiction est levée et que la marchandise bloquée est restituée au vendeur, à sa libre disposition, celui-ci peut dès lors être tenu, selon le même principe que celui exposé ci-dessus, de remettre la chose à l'acheteur qui la réclame.

En revanche, cette solution ne s'applique pas lorsque l'interdiction n'est assortie d'aucune mesure de confiscation et que la marchandise est laissée en mains du vendeur. Dans ce cas, en effet, il faut retenir que les deux parties sont libérées par l'effet de l'art. 119 al. 1 et 2 CO²³⁷, de sorte qu'après la restitution d'éventuelles prestations déjà faites, le rapport entre elles est définitivement liquidé de façon équilibrée conformément à la lettre et à l'esprit de l'art. 119 al. 1 et 2 CO²³⁸.

2.84c Des réflexions qui précèdent, on peut donc retenir le principe qu'en cas d'impossibilité objective subséquente de la prestation du vendeur, celui-ci est libéré de la prestation originelle (art. 119 al. 1 CO), mais il peut être tenu, lorsque l'acheteur n'est pour sa part pas libéré de sa propre prestation, de céder à ce dernier, à sa demande, soit les éventuelles valeurs de remplacement qu'il reçoit, soit la chose vendue elle-même si elle réapparaît dans ses actifs.

2.84d Il convient encore d'examiner brièvement comment se règle la situation dans le cas où la marchandise, volée ou perdue, réapparaît alors que le

²³⁶ Cf. *infra*, ch. 2.108.

²³⁷ Cf. *infra*, ch. 2.108.

²³⁸ Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.68.

vendeur a déjà transféré à l'acheteur une valeur de remplacement, le plus vraisemblablement une indemnité versée par une assurance de choses²³⁹.

Dans ce cas, le vendeur n'est pas tenu d'offrir ou de transférer la marchandise à l'acheteur, qui n'a pour sa part aucun droit de la réclamer. En effet, le rapport entre les parties est d'ores et déjà liquidé et les deux parties sont définitivement libérées: le vendeur, par le transfert à l'acheteur de la prestation de remplacement²⁴⁰, et l'acheteur, par le paiement au vendeur du prix conformément à l'art. 185 CO.

Toute autre solution reviendrait à considérer, contrairement à la lettre et à l'esprit de l'art. 119 al. 1 CO, que le vendeur dont la prestation est devenue objectivement impossible et qui a transféré à l'acheteur, conformément aux principes exposés ci-dessus, les succédanés reçus, ne serait néanmoins pas libéré.

c. L'exorbitance d'une prestation

1. *Etat de fait*

2.85 Une prestation est *exorbitante* lorsque, par l'effet de circonstances survenant après la conclusion du contrat, son exécution est rendue difficile à l'excès ou exigerait du débiteur des sacrifices économiques disproportionnés eu égard à la valeur de la contre-prestation qu'il attend²⁴¹.

Cette exorbitance est essentiellement de deux ordres:

- soit une prestation ne peut plus être apportée qu'au prix d'efforts – le plus souvent financiers – démesurés de la part du débiteur touché; dans ce cas, c'est *l'exécution* qui est exorbitante;
- soit une prestation en rapport d'échange avec une autre perd pratiquement toute sa valeur, en sorte que son créancier, débiteur d'une contre-prestation qui, elle, a conservé sa valeur initiale, ne reçoit (presque) rien

²³⁹ A noter que cette question n'a de sens en pratique que si la marchandise volée ou perdue qui réapparaît après indemnisation du vendeur réapparaît dans les actifs du vendeur. Or, il semble que la plupart des conditions générales des assurances contre la perte ou le vol prévoient en substance qu'en cas d'indemnisation, la chose assurée appartient à l'assureur.

²⁴⁰ Cf. *supra*, ch. 2.68 et 2.70.

²⁴¹ Cf. SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 419 et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1956 et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3299 ss; MERZ, n. 191 à l'art. 2 CCS; BISCHOFF, pp. 126 s.; WIEGAND, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 97 CO; PICHONNAZ, pp. 170 ss; ATF 107 II 343, JT 1982 I pp. 272 ss; ATF 68 II 169, 172 JT 1943 I pp. 99 ss, 102.

en contrepartie de ce qu'il fournit; ici, c'est la *disproportion entre les prestations* qui est exorbitante.

2. Régime et effet juridiques²⁴²

aa. En général

2.86 Aucune base légale générale²⁴³ ne règle directement les problèmes posés par l'exécution d'un contrat dont l'une des prestations est devenue exorbitante en raison d'un bouleversement des circonstances qui régnaient lors de la conclusion.

2.87 Il est admis qu'en cas d'exorbitance d'une prestation, le juge pourra intervenir dans la relation contractuelle des parties et déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure et à quelles conditions le débiteur de la prestation exorbitante devra s'exécuter. Généralement, le juge ordonnera soit la résiliation du contrat soit l'adaptation des obligations des parties²⁴⁴.

Si tous les auteurs reconnaissent la nécessité de cette intervention du juge dans les cas d'exorbitance, la base légale de cette incursion est l'objet de controverses.

2.88 Une majorité s'appuie sur les principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit²⁴⁵: le créancier qui, au nom de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*), ne démordrait pas de l'exécution littérale du contrat et exigerait, aux conditions initialement convenues et malgré le bouleversement intervenu, l'apport de la prestation touchée agirait contrairement aux règles de la bonne de foi.

²⁴² Sur toute cette question, cf. en particulier l'ouvrage de BURKHARDT. Voir aussi PICHONNAZ, pp. 316 à 331; ENGEL, pp. 785 ss; GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 1280 ss et les réf. citées et t. II, n° 3299 ss; DESCHENAUX, pp. 184 ss et *in* RDS 1942, pp. 509a ss; voir aussi les observations de SCHÖNLE, Centenaire du CO, pp. 416 ss, 432 ss; VON TUHR/ESCHER, p. 96. Voir néanmoins l'avis surprenant de BUCHER, A. T., p. 418 critiqué à juste titre par GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3303 *in fine*.

²⁴³ Voir chez DESCHENAUX, p. 186, let. b, et ENGEL, pp. 530 s., quelques cas particuliers réglés par le législateur.

²⁴⁴ Cf. notamment DESCHENAUX, pp. 184 ss, 192 ss, et *in* RDS 1942 pp. 509a ss; ENGEL, p. 534; SCHÖNLE, Centenaire du CO, pp. 437 s; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3301 s.; VON TUHR/ESCHER, p. 96.

²⁴⁵ Cf. ENGEL, p. 533; DESCHENAUX, p. 188 et les réf. citées aux n. 98 et 99; BARTH, p. 23; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3301.

SCHÖNLE critique ce point de vue, en insistant à raison sur la hiérarchie des différents moyens d'intervention à disposition du juge et en soulignant le caractère tout à fait subsidiaire de l'argument basé sur l'art. 2 al. 2 CCS²⁴⁶.

2.89 Il convient de partir du contrat en tant qu'il sert de loi aux parties²⁴⁷. Il est en effet possible que le contrat, c'est-à-dire son texte, son but et son esprit, contienne expressément ou implicitement une solution au problème posé par la survenance de circonstances nouvelles²⁴⁸.

C'est dès lors là la première mission du juge, qui doit, au vu des «*possibilités de développement*» qu'un contrat peut receler, «*prolonger les lignes ébauchées dans le contrat*», «*développer sa logique interne*» et dégager ce que YUNG appelle les «*virtualités*» qu'une convention peut contenir.

Si cette première démarche ne livre aucune solution, le juge devra compléter la convention des parties «*comme les parties auraient dû raisonnablement la compléter en agissant selon les règles de la bonne foi*»²⁴⁹. A ce stade, il pourra retenir – si elles existent et si elles peuvent être appliquées, le cas échéant par analogie, au problème qui lui est soumis – les solutions du droit dispositif, par exemple celle de l'art. 373 al. 2 CO, qui sont présumées sauvegarder de manière satisfaisante les intérêts des parties²⁵⁰.

En l'absence d'une norme de droit supplétif susceptible de régler les rapports entre les parties suite au bouleversement de leur convention, le juge devra créer la règle que des personnes justes et raisonnables auraient adoptée si elles avaient envisagé les circonstances radicalement nouvelles. Ce faisant, il construira selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CCS) une réglementation taillée aux exigences et mesures d'une situation de fait généralement unique²⁵¹.

A priori, le juge n'aura donc pas à créer une norme générale et abstraite à l'occasion du règlement d'une telle situation, individuelle par essence. En principe, le mandat du juge en cas de lacune du contrat ne peut pas se fonder

²⁴⁶ Cf. SCHÖNLE, Centenaire du CO, pp. 432 ss. Cf. également PICHONNAZ, p. 320, ch. 1387.

²⁴⁷ Cf. également PICHONNAZ, pp. 318 s., ch. 1380 ss. C'est aussi, par exemple, l'idée exprimée par l'art. 1134 CCFr.

²⁴⁸ Cf. Walter YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, in Etudes et articles, p. 207. Cf. également SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 432, ch. 4.a.

²⁴⁹ YUNG, *loc. cit.*

²⁵⁰ Cf. ATF 113 II 49, JT 1987 I, p. 373 ss. Cf. également PICHONNAZ, p. 321, ch. 1389 ss.

²⁵¹ Cf. dans un sens analogue PICHONNAZ, p. 322, ch. 1395.

sur la directive de l'art. 1 al. 2 CCS²⁵², sauf s'il apparaît que la loi elle-même doit être comblée. Ce qui, selon YUNG, ne peut être le cas que si les deux conditions suivantes sont remplies:

- *«l'espèce est assez typique pour servir de fondement à un principe général, et*
- *la question est assez bien connue et paraît mûre pour une réglementation définitive»*²⁵³.

Enfin, *«si les parties ont conventionnellement exclu une adaptation de leurs obligations en cas de modification ultérieure des circonstances»*²⁵⁴, une incursion judiciaire est en principe exclue, sauf si l'économie générale du contrat subit un bouleversement fondamental et que l'une des parties persiste à exiger l'exécution littérale du contrat initialement prévu en invoquant l'exclusion conventionnelle de toute adaptation. C'est en réalité dans ce seul cas que le contractant qui ne démord pas de ses prétentions contractuelles commet un abus de droit, en sorte qu'une *«correction des obligations par le juge s'impose (...) dans les conditions de l'art. 2 al. 2 CC»*²⁵⁵.

bb. Application des art. 119 et 185 CO?

2.90 Bien que cela soit au prix de sacrifices excessifs, une prestation exorbitante *peut* être apportée; elle est donc, dans son principe, encore objectivement possible au sens défini ci-dessus²⁵⁶.

A la rigueur du texte légal, l'art. 119 CO n'est ainsi pas applicable à ces cas, quelqu'analogues que puissent être les états de fait²⁵⁷.

²⁵² Voir sur ce point les développements très complets de YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, *in* Etudes et articles, pp. 196 s. Avis apparemment contraire chez SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 433 et les réf. citées, et PICHONNAZ, p. 322, ch. 1396 ss, qui fondent tous deux le mandat du juge en cas de comblement d'une lacune contractuelle sur la directive de l'art. 1 al. 2 CCS.

²⁵³ YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, *in* Etudes et articles, p. 197.

²⁵⁴ SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 440, 6°.

²⁵⁵ SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 436, ch. 5. Cf. également PICHONNAZ, p. 319, ch. 1385 s.

²⁵⁶ Cf. *supra*, ch. 2.8 ss, notamment 2.29 ss et 2.39 ss.

²⁵⁷ Cf. *supra*, ch. 2.8 ss et 2.85; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3299 ss et les réf. citées; AEPLI, n. 10 à l'art. 119 CO; SCHÖNLE, Centenaire du CO, pp. 419 s.; PICHONNAZ, p. 317, ch. 1379; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 39; JÄGGI/GAUCH, n. 600 à l'art. 18 CO; KRAMER, n. 312 à l'art. 18 CO; MERZ, n. 121 à l'art. 2 CCS; BISCHOFF, pp. 126 ss; DESCHENAUX, p. 185, ch. 2; BESSON, pp. 51, 63 et 99; VON BÜREN, A. T., p. 390; BARTH, pp. 21 ss; ATF 68 II 169, JT 1943 I pp. 99 ss; ENGEL, pp. 708 et 790 s., avec néanmoins de petites réserves; BISCHOFF, pp. 126 ss. Le TF a, semble-t-il, quelquefois hésité: cf. à ce propos ATF 82 II 338 et les réf. citées chez SCHÖNLE, Centenaire du CO, p. 419, n. 17. Voir également les réserves de VON TUHR/ESCHER, pp. 95 s.

2.91 A cela s'ajoute, en tout état, que l'art. 119 CO n'offrirait pas nécessairement une solution adéquate lorsqu'une prestation est exorbitante. Il impose en effet toujours l'extinction de l'obligation touchée²⁵⁸, alors que, dans les cas dans lesquels l'exorbitance réside dans la diminution de valeur de la contre-prestation attendue, une adaptation des prestations peut souvent être une solution plus avantageuse: on ne peut exclure *a priori* que le débiteur d'une prestation devenue exorbitante ait un intérêt à apporter son dû sous une forme ou dans une proportion adaptées afin, par exemple, de ne pas perdre son droit à la contre-prestation²⁵⁹.

2.92 L'art. 119 CO ne concerne donc que l'impossibilité objective et subséquente d'exécution et non la seule difficulté, fût-elle très grande. Son application est justifiée lorsque le débiteur est *empêché* d'agir, mais non lorsque la prestation à fournir *n'est plus dans un juste rapport* avec la contre-prestation²⁶⁰.

Ainsi, ne constituant pas *stricto sensu* une impossibilité objective²⁶¹, un cas d'exorbitance de la prestation du vendeur ne peut entraîner une libération de celui-ci selon l'art. 119 al. 1 CO.

Partant, les art. 119 al. 3 et 185 CO ne s'appliquent pas davantage; lorsque la prestation du vendeur est exorbitante, il n'y a jamais de transfert à l'acheteur du risque du prix, et cela quand bien même le juge, estimant au vu des circonstances (art. 4 CCS) qu'il ne peut y avoir d'autre issue, libérerait définitivement et intégralement le vendeur²⁶².

d. L'impossibilité imputable au créancier ou aux deux parties

2.93 Si le créancier (acheteur) est responsable de l'impossibilité frappant la prestation du débiteur (vendeur), celui-ci est en bonne logique libéré, puisque la survenance de l'obstacle ne lui est pas imputable. Conformément à son

²⁵⁸ Cf. BISCHOFF, p. 128 et les réf. citées n. 66; BARTH, p. 23; ENGEL, p. 790, ch. 251, 1°; BESSON, pp. 51 et 64; PICHONNAZ, pp. 177 s., ch. 753 et 755, ainsi que pp. 316 s., ch. 1374 s.

²⁵⁹ Cf. BARTH et BISCHOFF, mêmes réf.

²⁶⁰ Cf. BESSON, p. 51; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3303.

²⁶¹ Cf. *supra*, ch. 2.29 ss, ainsi que 2.90.

²⁶² Auquel cas, l'acheteur supporterait d'une certaine façon le risque de la prestation du vendeur, qu'il ne peut désormais plus recevoir ni exiger et pour laquelle il ne peut obtenir aucun dédommagement ou prestation de remplacement. Inapplicabilité de l'art. 119 al. 1 et 3 CO oblige, il n'aurait en revanche pas le fardeau du risque du prix.

texte clair, l'art. 119 al. 1 CO s'applique directement à ce cas d'impossibilité survenant «*par suite de circonstances non imputables au débiteur*»²⁶³.

2.94 Le sort de la contre-prestation du créancier fautif n'est pas réglé dans la loi, l'art. 119 al. 2 CO ne visant que les cas où aucune des deux parties ne répond de l'impossibilité²⁶⁴.

Du fait de sa responsabilité dans la survenance de l'impossibilité, il ne se justifie pas de libérer le créancier (acheteur) de sa propre contre-prestation, qui reste donc intégralement due conformément au contrat conclu, et cela même si l'impossibilité frappant la prestation du vendeur est survenue avant le moment (conventionnel ou légal) du transfert du risque du prix²⁶⁵.

2.95 Si les deux parties répondent de la survenance de l'impossibilité, l'art. 119 CO ne s'appliquera pas. Chacun des cocontractants pourra réclamer à l'autre la réparation du dommage qu'il subit (art. 97 al. 1 CO), tout en devant se laisser opposer une réduction, voire une suppression de l'indemnité en raison d'une faute concomitante (art. 44 CO appliqué par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO)²⁶⁶.

²⁶³ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3320; SCHÖNLE, n. 32 à l'art. 185 CO; BUCHER, A. T., p. 299; PICHONNAZ, p. 212, ch. 910 ss; AEPLI, n. 150 à l'art. 119 CO, applique pour sa part l'art 119 al. 1 CO par analogie à cette situation. Ce cas doit être distingué de celui dans lequel la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée alors que l'acheteur est en demeure de créancier (cf. *infra*, ch. 2.139 ss). Sont enfin opposés à toute application de l'art. 119 CO dans ce cas, qu'ils règlent par comblement de lacune en appliquant la règle (déduite du par. 324 al. 1 BGB) selon laquelle le débiteur est libéré mais conserve son droit à toute la contre-prestation prévue: BARTH, p. 18; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 244; VON BÜREN, A. T., p. 387, n. 104 en bas de page; BISCHOFF, p. 132; VON TUHR/ESCHER, p. 134.

²⁶⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3321 et les réf. citées; ENGEL, p. 783; GUHL/MERZ/KOLLER, pp. 243 s.; VON TUHR/ESCHER, p. 134; VON BÜREN, A. T., p. 387, n. 104 en bas de page; AEPLI, n. 149 ss à l'art. 119 CO et les réf. citées; BARTH, p. 18 ch. 3 et les réf. citées à la note 24 en bas de page; KELLER/LÖRTSCHER, p. 23; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 119 CO; BECKER, n. 7 et 8 à l'art. 119 CO; ATF 122 III 66, 116 II 514 et 114 II 277. Avis contraire chez PICHONNAZ, p.269 ss, ch. 1164 ss, qui applique l'art. 119 al. 2 CO dans ce cas, libère donc les deux parties de leurs prestations originelles et donne au débiteur de la prestation rendue impossible par le fait de l'autre partie une action en dommages-intérêts selon l'art. 97 CO.

²⁶⁵ Cf. SCHÖNLE, n. 32 à l'art. 185 CO; voir également ENGEL, p. 783, 5°.

²⁶⁶ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3322; AEPLI, n. 154 à l'art. 119 CO; PICHONNAZ, p. 191, ch. 806 et les réf. citées; ATF 114 II 277 et 111 II 352.

Section C

Conséquences de l'impossibilité d'exécution dans la vente:
le transfert du risque du prix

a. Généralités et rappels

2.96 Lorsque, dans un contrat de vente, le vendeur est libéré de sa prestation aux conditions de l'art. 119 al. 1 CO et que les art. 119 al. 3 et 185 CO écartent l'art. 119 al. 2 CO, il y a dérogation à la règle «normale» de répartition des risques dans les contrats synallagmatiques.

2.97 En effet, si l'art. 119 al. 2 CO s'appliquait à la vente, l'acheteur serait libéré à la suite du vendeur, ce qui aurait pour effet de laisser à ce dernier le *risque du prix (ou risque de la contre-prestation)*, puisqu'il ne recevrait plus la rémunération convenue²⁶⁷.

Or, cette libération des deux parties à un contrat bilatéral parfait, dont une des prestations devient impossible, est l'expression du principe général d'interdépendance fonctionnelle des obligations synallagmatiques²⁶⁸. C'est en quoi cette construction peut être qualifiée de répartition «normale» des risques, «*normale Gefahrtragungsregelung*»²⁶⁹.

2.98 Les art. 119 al. 3 et 185 CO s'écartent de cette solution «normale», puisqu'ils maintiennent l'obligation de l'acheteur d'apporter son dû malgré la libération du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO.

Par là, les art. 119 al. 3 et 185 CO mettent à la charge de l'acheteur le *risque du prix*²⁷⁰, c'est-à-dire le risque de devoir payer le prix convenu, bien qu'il ne puisse plus recevoir la chose promise ou qu'il n'obtienne qu'une chose endommagée ou réduite, sans disposer par ailleurs de moyens de droit contre le vendeur en raison de cette inexécution ou de cette exécution incomplète.

²⁶⁷ KELLER/FISCHER, p. 138. Il en va de même (art. 119 al. 3 CO *a contrario*) dans les cas où le vendeur est libéré selon l'art. 119 al. 1 CO avant que le risque du prix soit à la charge de l'acheteur, par exemple dans les ventes de corps certains dans lesquelles les parties conviennent de coupler le transfert du risque du prix à la livraison de la chose; cf. dans le même sens SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 265, ch. 2 et VON BÜREN, A. T., pp. 387 s., ch. 2.

²⁶⁸ Cf. *supra*, ch. 2.3 et les réf. citées, notamment chez LARENZ.

²⁶⁹ Cf. GIGER, n. 12 s. à l'art. 185 CO.

²⁷⁰ Cf. SCHÖNLE, même réf. et *Mélanges Tandogan*, pp. 263-264; VON BÜREN, A. T., p. 388; BUCHER, RDS 1970 I, p. 281; GIGER, n. 14 à l'art. 185 CO; VON TUHR/PETER, p. 56; voir aussi *supra*, ch. 2.3 ss.

2.99 L'art. 185 CO opère donc effectivement le *transfert* d'un risque, en ce sens qu'il charge le créancier (ici, l'acheteur) d'un risque qui, normalement, dans un contrat synallagmatique, incomberait au débiteur de la prestation touchée (ici, le vendeur).

2.100 Par le jeu des art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO, l'acheteur a donc désormais un double risque: celui de *l'impossibilité d'exécution* touchant la prestation du vendeur et celui *de sa propre contre-prestation*. L'interdépendance fonctionnelle des obligations synallagmatiques est ainsi rompue dans le cas particulier du contrat de vente²⁷¹.

b. Conséquences du rapport de dépendance entre les art. 119 al. 1 et 185 CO

2.101 En tant qu'exception à l'art. 119 al. 2 CO²⁷², l'art. 185 CO part de la même hypothèse que lui, à savoir la réalisation des conditions de l'art. 119 al. 1 CO²⁷³.

L'art. 185 CO ne peut donc s'appliquer que si le vendeur est libéré de sa prestation conformément à l'art. 119 al. 1 CO, parce que l'exécution correcte et complète de celle-ci est *devenue définitivement et objectivement impossible*²⁷⁴ pour une cause matérielle ou juridique non imputable à l'une ou l'autre des parties.

2.102 De cette subordination de l'art. 185 CO à l'art. 119 CO découlent deux observations au moins.

²⁷¹ Cf. SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 265, ch. 2; VON BÜREN, A. T., p. 388; KELLER/FISCHER, p. 145 et les réf. citées n. 55 en bas de page. Cette rupture de l'interdépendance fonctionnelle des obligations synallagmatiques se traduit également par le fait que l'acheteur ne peut davantage opposer au vendeur l'*exceptio non adimpleti contractus* de l'art. 82 CO, voire l'exception de l'art. 83 CO lorsque se présente un cas de transfert des risques. Voir néanmoins l'approche dogmatique de KELLER/FISCHER, pp. 149 s., qui considèrent que l'art. 119 al. 3 CO et les normes auxquelles il renvoie ne seraient pas une exception ou une dérogation aux mécanismes synallagmatiques, mais révéleraient «dass der Mechanismus dieser besonderen Gefahrtragungsregeln darin liegt, dass die Nichterfüllung oder die Erfüllung einer schlechter gewordenen Leistung der (gehörigen) Leistung gleichzustellen ist, also eine Erfüllungsfiktion vorliegt».

²⁷² Cf. SCHÖNLE, n. 17 et 31 à l'art. 185 CO.

²⁷³ Cf. *supra*, ch. 2.1.

²⁷⁴ Au sens défini *supra*, ch. 2.8 ss, avec les précisions apportées ch. 2.53 concernant la définition de l'impossibilité dans les ventes de choses de genre.

Tout d'abord, l'art. 185 CO et l'art. 119 al. 1 CO doivent logiquement s'appliquer aux mêmes états de fait (*infra*, 1).

Ensuite, on l'a déjà évoqué, le moment auquel l'art. 185 CO transfère à l'acheteur le risque du prix ne peut précéder celui auquel l'art. 119 al. 1 CO lui transfère le risque de la prestation²⁷⁵. Reste à déterminer si ces deux risques doivent ou non être transférés simultanément à l'acheteur (*infra*, 2).

1. Le champ d'application de l'art. 185 CO

aa. En général

2.103 La dépendance entre les art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO a pour effet général que l'acheteur doit en principe supporter selon les art. 119 al. 3 et 185 CO le risque du prix lié à tous les événements qui entraînent la libération du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO²⁷⁶ et qui surviennent après le moment du transfert du risque du prix.

Ce résultat déduit de la systématique légale n'est contredit ni par la lettre, ni par les travaux préparatoires des art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO, qui n'indiquent notamment pas qu'il conviendrait de limiter l'application de l'art. 185 CO aux seuls cas de destruction ou détérioration de la marchandise.

Les événements dont l'acheteur doit supporter les risques sont ainsi, outre les cas d'altération totale ou partielle des qualités physiques de la chose (destruction ou détérioration), le vol et la perte de la marchandise²⁷⁷, ainsi que les empêchements de nature juridique²⁷⁸, dans la mesure où ces cas peuvent être qualifiés d'impossibilité objective selon les critères retenus ci-dessus²⁷⁹.

2.104 Négativement, l'art. 185 CO ne s'applique donc pas lorsque l'une ou l'autre des conditions de l'art. 119 al. 1 CO n'est pas remplie.

Ainsi en va-t-il notamment de toute altération, perte ou disparition de la chose vendue après le moment de sa tradition à l'acheteur. En effet, si la marchandise a pu être remise à l'acheteur, c'est que le vendeur a exécuté

²⁷⁵ Cf. *supra*, ch. 2.7 et les réf. citées.

²⁷⁶ Cf. dans le même sens KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 4 à l'art. 185 CO.

²⁷⁷ Cf. *supra*, ch. 2.42 et les réf. citées, notamment TERCIER, ch. 622; avis contraire chez SCHÖNLE, n. 22 et 125 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

²⁷⁸ Cf. *supra*, ch. 2.19 et 2.26, sous réserve néanmoins des précisions apportées ci-après, ch. 2.108 s.

²⁷⁹ Cf. *supra*, ch. 2.29 ss.

complètement et correctement son obligation; celle-ci n'est donc pas *devenue impossible*. Le vendeur est dès lors définitivement libéré de toute obligation, cette libération intervenant non en raison de l'art. 119 al. 1 CO mais conformément à l'effet libératoire reconnu à toute exécution conforme²⁸⁰.

L'acheteur reste quant à lui tenu de verser le prix convenu, malgré l'altération, la perte ou la disparition de la chose vendue après la livraison. En l'absence de toute impossibilité au sens de l'art. 119 al. 1 CO, cette obligation ne se fonde bien évidemment pas sur l'art. 185 CO mais sur les art. 184 al. 1, 211 al. 1 et 213 al. 1 CO.

A noter dans ce contexte que si le vendeur ou une personne dont il est responsable²⁸¹ altère ou détruit la chose vendue *après* qu'elle a été correctement et complètement livrée à l'acheteur — par exemple, fausse manœuvre du vendeur ou de son camionneur après le déchargement —, il ne s'agit ni d'un cas d'impossibilité d'exécution au sens de l'art. 119 al. 1 CO, ni d'un cas d'inexécution fautive au sens des art. 97/101 CO, puisque la prestation du vendeur a effectivement pu être exécutée. Dans ce cas, l'acheteur reste tenu du prix convenu, non sur la base de l'art. 185 CO puisque l'art. 119 al. 1 CO ne s'applique pas, mais conformément aux art. 184 al. 1 et 211 al. 1 CO. Il pourra néanmoins réclamer au vendeur, en tout cas sur la base des art. 41 et/ou 55 CO, la réparation du préjudice que lui cause cette atteinte illicite à sa propriété²⁸². S'il n'a pas encore payé le prix convenu, il pourra compenser sa dette de prix avec sa créance en dommages-intérêts contre le vendeur.

2.105 Sont également exclus du champ d'application de l'art. 185 CO, au motif que l'art. 119 al. 1 CO ne leur est pas applicable en raison de la responsabilité du vendeur²⁸³, les cas dans lesquels le vendeur doit répondre selon les art. 97 ou 101 CO de l'impossibilité objective qui frappe sa prestation entre le moment du transfert du risque de la prestation et celui de la tradition à l'acheteur:

- destruction ou détérioration de la marchandise en cours de transport en raison de l'insuffisance de l'emballage que le vendeur s'était engagé à fournir, ou en raison de l'absence de qualifications du transporteur que

²⁸⁰ Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1170; RIMLE, n° 61 et 366 ss.

²⁸¹ Par exemple au sens des art. 55 CO ou 333 CCS.

²⁸² On ne doit toutefois pas exclure que l'obligation du vendeur de réparer le préjudice de l'acheteur puisse se fonder également dans un cas de ce genre sur les art. 97/101 CO, dans la mesure où l'acte dommageable constitue une violation de l'obligation (contractuelle) ne pas porter atteinte à l'objet du contrat.

²⁸³ Cf. *supra*, ch. 2.21 ss.

le vendeur s'était engagé à mandater, ou encore en raison de l'absence de toute instruction particulière du vendeur au transporteur relatives aux précautions indispensables pour le transport et la manutention de la chose;

- perte ou détérioration en raison d'une fausse manœuvre du vendeur (ou d'une personne dont il répond), qui endommage la marchandise en retenant ses conteneurs au lieu de déchargement, etc.

Peut également être assimilé à ces cas celui de la *culpa in contrahendo* du vendeur qui n'informe pas son partenaire d'une éventuelle mesure d'interdiction²⁸⁴.

Dans ces cas, le contrat est en principe maintenu et la dette du vendeur se transforme en une obligation d'indemniser l'acheteur du dommage que lui cause cette inexécution. Le contrat restant en vigueur entre les parties, l'acheteur est en principe tenu – art. 184 al. 1, 211 al. 1 CO – d'apporter sa propre prestation, en rapport d'échange (art. 82 CO) avec la dette de dommages-intérêts positifs du vendeur²⁸⁵. Vu l'identité de nature des deux dettes, elles pourront être compensées à concurrence du montant de la plus faible (art. 120 ss CO). Si l'acheteur reste débiteur du prix en pareille hypothèse malgré la destruction de la chose vendue, ce n'est donc pas conformément aux règles sur le transfert des risques mais bien selon les règles générales en matière d'exécution des obligations.

2.106 L'application des art. 119 al. 3 et 185 CO est également écartée, lorsqu'un événement fortuit touche la chose vendue (corps certain ou chose de genre individualisée) alors que le vendeur est en demeure par sa faute.

L'art. 103 al. 1 CO *in fine* prévoit en effet que le vendeur qui ne peut apporter la preuve libératoire réservée par l'art. 103 al. 2 CO doit répondre de ce cas fortuit. Or, cette responsabilité qu'encourt le vendeur pour le cas fortuit signifie qu'il n'est pas libéré de ses obligations. Si la vente porte sur une chose de genre, il peut être tenu d'apporter une nouvelle marchandise du genre convenu et de payer des dommages-intérêts; si elle porte sur un corps certain, une nouvelle exécution est en principe exclue si le corps certain a disparu ou péri ou s'il a été détérioré, mais le vendeur peut être recherché en dommages-intérêts. En d'autres termes, s'il ne peut faire la preuve réservée par l'art. 103 al. 2 CO, le vendeur conserve le risque de sa prestation et ne

²⁸⁴ Cf. *infra*, ch. 2.109 *in fine*.

²⁸⁵ A noter toutefois la faculté que lui reconnaît une partie de la doctrine de se départir du contrat dans les hypothèses des art. 97/101 CO; cf. *supra*, ch. 2.27 et les réf. citées.

peut donc se prévaloir de l'art. 119 al. 1 CO, en sorte que les art. 119 al. 3 et 185 ne s'appliquent pas davantage à ces cas.

Ainsi, malgré la survenance d'un obstacle fortuit à l'exécution du contrat, l'acheteur ne doit pas le prix de vente. Il ne le devra que s'il opte pour la première ou la deuxième voie de l'art. 107 al. 2 CO et qu'il reçoive du vendeur, soit une nouvelle marchandise, soit des dommages-intérêts positifs. Aussi longtemps que le vendeur n'apporte pas la prestation choisie par l'acheteur, ce dernier est en droit de retenir le paiement, conformément à l'art. 82 CO²⁸⁶.

2.107 Enfin, en raison de la garantie due par le vendeur, qui empêche qu'il soit libéré selon l'art. 119 al. 1 CO²⁸⁷, l'art. 185 CO ne s'applique pas davantage aux cas dans lesquels, après le moment du transfert du risque du prix mais avant la tradition à l'acheteur, la chose vendue est altérée ou vient à périr en raison d'un défaut dont elle était déjà affectée au moment du transfert du risque de la prestation et dont le vendeur est dès lors garant selon les art. 197 CO ss²⁸⁸.

En fonction des droits qu'il exerce dans le cadre de la garantie due par le vendeur (action minutoire, art. 205 CO, ou en livraison de choses du même genre, art. 206 CO), l'acheteur pourra être tenu de verser le prix de la chose, le cas échéant réduit pour tenir compte des défauts dont elle était entachée. Cela étant, la base légale de cette obligation de payer le prix n'est donc pas l'art. 185 CO mais bien les règles générales (art. 184 al. 1, 211 al. 1 CO), corrigées le cas échéant par les règles de calcul particulières en cas d'action minutoire.

bb. Le cas particulier des obstacles de nature juridique

2.108 S'agissant en particulier des *obstacles juridiques*, SCHÖNLE²⁸⁹ semble considérer qu'une confiscation ordonnée pour des motifs qui tiennent à l'*origine* ou aux *caractéristiques* de la marchandise vendue ne devrait pas entraîner la libération du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO.

Cet avis appelle les observations suivantes.

²⁸⁶ Sur les rapports entre les dispositions sur la demeure et celles sur le transfert des risques, cf. *infra*, 3e partie.

²⁸⁷ Cf. *supra*, ch. 2.23 et les réf. citées.

²⁸⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 32a à l'art. 185 CO. Ce cas doit être distingué de celui, abordé *infra*, 3e partie, chapitre 1, ch. 3.3 ss, dans lequel la chose vendue, entachée de défauts dont le vendeur est garant, est fortuitement perdue, détruite ou détériorée après le moment du transfert du risque du prix.

²⁸⁹ Cf. SCHÖNLE, n. 21 *in fine* à l'art. 185 CO.

Si un embargo décrété dans le pays X frappe après le moment du transfert du risque du prix tous les produits d'origine suisse, le vendeur suisse qui est désormais empêché de transférer comme convenu à son acheteur dans le pays X la possession et la propriété des marchandises qui lui sont destinées devrait être définitivement libéré de toute obligation, conformément à l'art. 119 al. 1 CO. Il n'est même pas nécessaire que les marchandises aient été confisquées, dans la mesure où les sanctions frappant les infractions sont importantes et en outre effectivement appliquées²⁹⁰; dans ces cas, il s'agit bien, avec ou sans confiscation, d'un cas d'impossibilité objective, subséquente et définitive d'exécution, non imputable au débiteur-vendeur, qui justifie dès lors l'application de l'art. 119 al. 1 CO.

Il en va de même si, après le moment du transfert du risque du prix, sont interdites toutes les ventes d'un dispositif jugé par exemple trop dangereux, et qu'un vendeur est de ce fait définitivement empêché de transférer à son acheteur, comme convenu, la possession et la propriété de corps certains (ou de choses de genre dûment individualisées) équipés du dispositif en question. Ici encore, que les pièces aient été saisies ou non, le vendeur doit être libéré de son obligation selon l'art. 119 al. 1 CO

Cela étant, si, dans ces hypothèses, les marchandises n'ont pas été confisquées et sont laissées au vendeur, sa libération ne devrait en principe pas l'autoriser à réclamer à l'acheteur le paiement du prix au titre du transfert des risques. En effet, si le vendeur, libéré de toute obligation selon l'art. 119 al. 1 CO, conserve l'objet de la prestation désormais impossible, il paraîtrait contraire aux règles de la bonne foi de lui permettre néanmoins d'en réclamer le prix à l'acheteur, qui doit donc pouvoir durablement opposer à une telle action du vendeur l'art. 2 al. 2 CCS²⁹¹. Avec pour effet que les art. 119 al. 3 et 185 CO devraient être simplement écartés dans ces situations, au profit de l'art. 119 al. 2 CO qui opérerait, corrélativement à celle du vendeur, la libération définitive de l'acheteur de toute obligation.

De ce qui précède, on doit dès lors pouvoir dégager le principe général qu'il y a transfert à l'acheteur du risque de la prestation mais aucun transfert du risque du prix, lorsque le vendeur, en raison d'un empêchement juridique qui ne lui est pas imputable et qui survient après le moment du transfert du risque du prix, est libéré de sa prestation mais conserve néanmoins la marchandise vendue ou peut la récupérer²⁹². En revanche, si la chose vendue est

²⁹⁰ Cf. *supra*, ch. 2.19.

²⁹¹ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 38 à l'art. 185 CO.

²⁹² A noter que l'on parviendrait au même résultat en considérant que la conservation de la marchandise par le vendeur ou la faculté de la récupérer constitue une circonstance particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* justifiant une dérogation aux règles sur le transfert du risque du prix.

confisquée, bloquée, détruite etc. ensuite de l'obstacle juridique non imputable au vendeur, il y aura tout à la fois libération de ce dernier et transfert à l'acheteur du risque du prix. C'est l'idée que l'obstacle juridique, pour pouvoir survenir aux risques de l'acheteur, doit être comparable dans ses effets à une perte de la marchandise.

2.109 Dans certains cas toutefois, malgré l'empêchement juridique frappant sa prestation, le vendeur ne doit pas être libéré, en sorte que l'acheteur ne doit pas davantage supporter le risque du prix. Il doit en aller ainsi notamment lorsque²⁹³:

- l'obstacle juridique (par exemple une mesure d'interdiction ou de confiscation, la non-délivrance ou le retrait d'une autorisation) a son origine ou sa cause dans la personne ou un comportement du vendeur, ou encore dans un comportement d'une personne dont le vendeur répond. Il s'agirait en effet davantage d'un cas d'incapacité subjective²⁹⁴, le cas échéant imputable au vendeur, et dès lors non soumis à l'art. 119 CO;
- lors de la conclusion du contrat, le vendeur connaissait ou aurait dû connaître la possibilité de survenance de l'obstacle juridique et s'est néanmoins engagé sans faire de réserves ou sans avertir son cocontractant, cette *culpa in contrahendo* du vendeur empêchant que ce cas puisse être qualifié d'impossibilité *non imputable au vendeur*²⁹⁵.

2. *Bref résumé chronologique du transfert des risques de la prestation et du prix*

2.110 Il est établi que le transfert du risque du prix ne peut intervenir avant celui de la prestation²⁹⁶.

2.110a Dans les ventes de choses de genre, il résulte d'une interprétation extensive de l'art. 119 al. 1 CO²⁹⁷ que le risque de la prestation passe à l'acheteur lorsque le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu toutes les obligations qui lui incombent²⁹⁸, et cela quand bien même, en cas de perte,

²⁹³ Cf. également SCHÖNLE, n. 21 *in fine* à l'art. 185 CO.

²⁹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.30.

²⁹⁵ Cf. *supra*, ch. 2.26 et les réf. citées.

²⁹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.7 et les réf. citées.

²⁹⁷ Cf. *supra*, ch. 2.52 s.

²⁹⁸ Cf. *supra*, ch. 2.52.

destruction ou détérioration de la marchandise après ce moment, la prestation du vendeur n'est pas objectivement impossible.

Ainsi qu'on l'a vu, cette solution est imposée par l'art. 185 CO qui, dans les ventes de choses de genre, opère le transfert du risque du prix au même moment.

2.110b Dans les ventes de corps certains, le risque de la prestation passe à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, quelle que soit la nature de la dette du vendeur²⁹⁹.

De l'avis de certains auteurs³⁰⁰, le transfert à l'acheteur du risque du prix interviendrait également à la conclusion du contrat, suivant donc immédiatement le transfert du risque de la prestation du vendeur. Selon ces auteurs, cette solution s'appliquerait à tous les types de ventes de corps certains³⁰¹, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le lieu d'exécution et la nature (portable, quérable ou sujette à expédition) de la dette du vendeur. Cet avis se fonde sur la lettre, la systématique et la *ratio legis* des art. 119 et 185 CO, qui imposeraient notamment la simultanéité des transferts des risques de la prestation et du prix.

Ainsi que cela sera exposé en détail plus loin³⁰², la simultanéité dans le transfert des risques de la prestation et du prix ne paraît pas être un impératif absolu. On observe, par exemple, que, dans les ventes de corps certains conclues sous condition suspensive, la loi (art. 185 al. 3 CO) prévoit que le risque de la prestation passe à l'acheteur lors de la conclusion de la vente et celui du prix au plus tôt lors de l'avènement de la condition³⁰³. En outre, la loi (art. 185 al. 1 CO *in fine*) réserve elle-même un régime d'exceptions résultant de *stipulations* ou de *circonstances* particulières, autorisant par là les parties ou un juge à retenir des constructions dans lesquelles les deux risques passeraient à l'acheteur à des moments distincts.

La loi n'exclut donc nullement une dissociation des moments auxquels passent respectivement les risques de la prestation et du prix³⁰⁴, la seule

²⁹⁹ Cf. *supra*, ch. 2.55.

³⁰⁰ Cf. SCHÖNLE, n. 45, 46 et 54 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, p. 26, ch. III; GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO; KELLER/LÖRTSCHER, p. 24; POROY, p. 46; CAYTAS, p. 192; BUCHER, RDS 1970 I, p. 281. Avis contraire chez KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 et 15 à l'art. 185 CO.

³⁰¹ A l'exception de celles sous condition suspensive: cf. art. 185 al. 3 CO, SCHÖNLE, n. 56 ss à l'art. 185 CO, GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO et *infra*, ch. 4.272 s.

³⁰² Cf. *infra*, ch. 2.117 ss 2.119.

³⁰³ Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.272 et les réf. citées.

³⁰⁴ Il semble que ce soit également l'avis de SCHÖNLE: «Zwar kann (nach Art. 119 abs. 1...) die Sachleistungsgefahr auf den Käufer übergehen, bevor der Käufer die Kaufpreisgefahr

contrainte étant, ainsi qu'on l'a déjà souligné, que le risque du prix ne peut être transféré avant celui de la prestation. Dans cette mesure, rien n'impose que le transfert du risque du prix dans la vente de corps certains suive dans tous les cas immédiatement celui du risque de la prestation. Dès lors, selon l'opinion soutenue ici, l'art. 185 al. 1 CO ne règle le transfert du risque du prix que dans les ventes de corps certains dans lesquelles la dette du vendeur est *quéérable*³⁰⁵. En revanche, lorsque celle-ci est stipulée *sujette à expédition* ou *portable*, les circonstances justifient, conformément à l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, qu'il soit dérogé à la règle générale du transfert des risques au moment de la conclusion du contrat (art. 185 al. 1 CO *in initio*) et que le transfert du risque du prix soit réglé selon des principes analogues à ceux dégagés en matière de choses de genre³⁰⁶.

3. *Vue d'ensemble*

2.111 Ceux qui³⁰⁷, en raison notamment des effets choquants ou surprenants de l'art. 185 CO, sont partisans d'une application de l'art. 185 CO limitée aux seuls cas de destruction ou de détérioration de la chose vendue, pourront reprocher à la définition donnée ci-dessus³⁰⁸ du champ d'application de l'art. 185 CO qu'elle étend la portée d'une norme indésirable.

A ce grief peuvent néanmoins être opposées les observations suivantes:

- a) Tout d'abord, la portée effectivement plus large reconnue ici à l'art. 185 CO résulte de la définition du champ d'application de l'art. 119 al. 1 CO³⁰⁹ et est dès lors la conséquence logique et cohérente du rapport de dépendance entre les art. 119 et 185 CO.

trägt. Umgekehrt ist das jedoch nicht möglich» (n. 17 à l'art. 185 CO). Voir également n. 32a à l'art. 185 CO: «Immer aber setzt der Übergang der Kaufpreisgefahr auf den Käufer über, dass *vorher* oder gleichzeitig die Sachleistungsgefahr auf den Käufer übergegangen ist».

³⁰⁵ Cf. *infra*, ch. 4.211. Voir dans le même sens KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 *in fine* à l'art. 185 CO et CORTESI, p. 126.

³⁰⁶ Dans les dettes sujettes à expédition, transfert du risque du prix lors de la remise de la marchandise au transporteur au lieu d'exécution; dans les dettes portables, transfert du risque du prix lors de la prise de livraison par l'acheteur au lieu d'exécution convenu ou, s'il refuse ou tarde sans motif de le faire, lors de sa demeure de créancier. Cf. à ce propos *infra*, ch. 2.119 ss, 2.121, 4.82 ss et 4.244 ss.

³⁰⁷ Cf. ATF 84 II 158, 161; BUCHER, RDS 1970 I, pp. 283 à 285 et B.T., 3e éd., p. 79, ch. 4; GIGER, n. 23 et 74 à l'art. 185 CO; SCHÖNLE, SJ 1977 p. 469 et Centenaire du CO, p. 420, n. 22; MEYLAN, pp. 11 à 15. Voir également *supra*, ch. 2.37.

³⁰⁸ Cf. *supra*, ch. 2.103 ss.

³⁰⁹ Cf. notamment *supra*, ch. 2.39 ss.

Cela étant, on notera que l'application des règles sur l'impossibilité (et donc sur le transfert des risques) dans certains cas de perte ou de vol de la chose vendue n'est pas nécessairement plus défavorable à l'acheteur que l'application des règles sur la demeure, prônée par d'autres auteurs. Certes, en appliquant l'art. 119 CO à ces cas, on met les risques à la charge de l'acheteur, qui doit à ce titre le prix de la chose volée ou perdue. Mais ce déséquilibre peut être corrigé le cas échéant par les valeurs de remplacement que l'acheteur peut réclamer³¹⁰. En outre, selon l'opinion soutenue ici³¹¹, il doit être possible pour l'acheteur de réclamer, conformément aux principes qui régissent la remise des valeurs de remplacement, la marchandise qui réapparaîtrait après la libération du vendeur dans les actifs de celui-ci. Or, selon les règles sur la demeure, si ce moyen est également donné à l'acheteur qui opte pour le maintien de l'action en exécution, il n'appartient pas en revanche à l'acheteur qui a définitivement renoncé à l'action en exécution (art. 107 al. 2 CO, 2e et 3e voie).

- b) Ensuite, l'art. 185 CO étant de droit dispositif, l'approche large préférée ici n'empêchera pas les parties, conscientes du champ d'application clair de cette disposition, de définir elles-mêmes plus restrictivement, si elles le désirent, le cercle des événements dont l'acheteur devra supporter les risques dans un cas concret (*infra*, c, 1, aa).
- c) Enfin, l'art. 185 CO admet expressément «*les exceptions résultant de circonstances particulières*». Par là, même si l'on retient une délimitation générale plus large telle qu'elle est présentée ici, l'art. 185 CO permet donc, notamment au juge à l'occasion d'un litige (art. 4 CCS), d'adopter de cas en cas une approche plus restrictive de cette norme (*infra*, c, 2).
- d) Enfin, quelle que soit l'approche – large ou restrictive – de l'art. 185 CO, il existe, même en l'absence de stipulations ou de circonstances particulières, des correctifs qui peuvent également contribuer à atténuer les effets rigoureux de cette norme (*infra*, c, 3).

³¹⁰ Cf. *supra*, ch. 2.67 ss et *infra*, ch. 2.144 ss.

³¹¹ Cf. *infra*, ch. 2.84 ss.

c. Exceptions et correctifs à la règle de l'art. 185 CO

2.112 La règle générale de l'art. 185 al. 1 CO réserve «...*les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières*».

A ce propos, deux observations d'ordre général.

Peuvent tout d'abord être analysés comme de telles exceptions les cas visés aux alinéas deuxième et troisième de l'art. 185 CO³¹²: leurs états de fait particuliers – vente sujette à expédition, vente d'une chose de genre, vente sous condition suspensive – peuvent en effet être considérés comme des circonstances, voire des stipulations³¹³ ayant justifié dans l'esprit du législateur une réglementation du transfert des risques différente de celle prévue à l'alinéa premier.

Ensuite, bien que l'art. 185 CO ne le dise pas, l'exception réservée par son alinéa premier vaut pour toutes les règles de transfert des risques posées par l'art. 185 CO, en sorte que des circonstances ou des stipulations particulières peuvent justifier des dérogations tant à la règle générale de l'al. 1 qu'aux exceptions des al. 2 ou 3³¹⁴.

1. *Exceptions résultant de stipulations particulières*

aa. Les dérogations expresses à l'art. 185 CO résultant de stipulations particulières

i. En général

2.113 Les parties peuvent expressément prévoir que le risque du prix passera à l'acheteur à un autre moment que ceux retenus par l'art. 185 CO: par exemple lors de la livraison en un certain lieu, ou encore lors du transfert de la propriété, etc.³¹⁵.

A noter que, si le déplacement du moment du transfert du risque du prix reste la dérogation la plus couramment envisagée, rien n'empêche les parties de déroger à l'art. 185 CO en limitant le cercle des événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur: elles pourraient ainsi convenir que le

³¹² Cf. dans un sens analogue KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 2 *in fine* à l'art. 185 CO; CORTESI, p. 117.

³¹³ Dans cette optique, la vente sujette à expédition et la vente sous condition seraient plus précisément des *stipulations* particulières, la vente d'une chose de genre étant pour sa part davantage une *circonstance*.

³¹⁴ Cf. dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 35 *in fine* à l'art. 185 CO.

³¹⁵ Cf. KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 41 ss à l'art. 185 CO; GIGER, n. 81 ss à l'art. 185 CO.

vol, la perte ou la saisie de la marchandise pourraient définitivement libérer le vendeur de son obligation de livrer mais n'entraîneraient pas l'application de l'art. 185 CO.

Une dérogation à l'art. 185 CO peut également résulter de l'adoption par les parties de règles étrangères ou internationales en matière de transfert des risques ou de clauses commerciales standard³¹⁶.

2.113a Sauf stipulation contraire, si les parties définissent un moment pour le transfert des risques qui déroge à la réglementation supplétive de l'art. 185 CO, cela modifiera:

- le seul moment du transfert du risque du prix, si la vente porte sur un corps certain; le risque de la prestation passe toujours à l'acheteur lors de la conclusion du contrat;
- le moment du transfert des risques de la prestation et du prix, si la vente porte sur une chose de genre; avant que la prestation soit logiquement impossible, le risque de la prestation passe à l'acheteur juste avant celui du prix³¹⁷.

Cela étant, en aucun cas, le moment choisi par les parties pour le transfert du risque du prix ne saurait être antérieur au moment du transfert du risque de la prestation. Cela ne signifie en revanche pas que les deux risques – celui de la prestation et celui du prix – doivent toujours passer en même temps à l'acheteur. Rien n'empêche donc que le risque du prix soit transféré à l'acheteur bien après celui de la prestation.

ii. Portée, en particulier, d'une dérogation à l'art. 185 CO en faveur des INCOTERMS

2.113b Les INCOTERMS de la Chambre de Commerce Internationale ne sont pas une codification exhaustive de la vente internationale³¹⁸. Ils ne remplacent pas davantage un contrat de vente. Ces clauses ne constituent au contraire qu'une partie d'un contrat de vente et règlent pour quatre catégories de

³¹⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 69 ss et 116 ss à l'art. 185 CO; voir également *infra*, ch. 2.113b s'agissant des INCOTERMS.

³¹⁷ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss, 2.52.

³¹⁸ Cf. notamment EISEMANN, p. 21, par. 2, ch. 2; voir aussi chez HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 171, les questions non réglées par les INCOTERMS. Cf. également THIEFFRY/GRANIER, p. 112.

vente distinctes³¹⁹ un nombre limité de questions en rapport avec l'exécution du contrat, principalement:

- l'obligation de livraison du vendeur
- l'obligation de l'acheteur de payer le prix
- le moment et/ou le lieu du transfert des risques³²⁰
- la répartition des frais
- le cas échéant, l'obligation de conclure un contrat de transport et/ou d'assurance
- le cas échéant, l'obligation d'obtenir les autorisations nécessaires³²¹.

Les questions non réglées par les INCOTERMS sont régies par le contrat de vente, les éventuels usages en vigueur entre les parties ou le droit applicable au contrat en raison d'un choix des parties ou des règles de conflit³²².

2.113c S'agissant en particulier du transfert à l'acheteur du risque du prix, les INCOTERMS déterminent donc le moment et/ou le lieu auxquels ce risque est mis à la charge de l'acheteur³²³.

C'est ainsi sur ces deux points précis que le choix d'un INCOTERM pourra déroger le cas échéant à l'art. 185 CO³²⁴.

Pour le surplus, l'INCOTERM choisi ne règle pas le sort, le contenu et l'étendue des droits et obligations de chaque partie en cas d'événement fortuit survenant avant ou après le moment du transfert du risque du prix. Ces ques-

³¹⁹ Ventes «au départ» (termes E), ventes à distance avec transport principal non acquitté (termes F), ventes à distance avec transport principal acquitté (termes C) et ventes «à l'arrivée» (termes D); cf. INCOTERMS, éd. 1990, Introduction, ch. 5 et GUIDE DES INCOTERMS, publication CCI 461/90, pp. 14 s.

³²⁰ Le risque transféré est a priori le risque du prix: cf. dans le même sens GUIDE DES INCOTERMS, p. 35, BREDOW/SEIFFERT, p. 6, ch. 21, GUÉDON, p. 25, EISEMANN/MELIS, p. 27, ch. 23, CORTESI, p. 124 et KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 42 à l'art. 185 CO. Les conditions du transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur ne sont en principe pas réglées par les INCOTERMS mais par le contrat de vente, le droit choisi par les parties, le droit applicable selon les règles de droit international privé ou encore les usages en vigueur entre les parties. Voir à ce propos *infra*, ch. 2.113d; avis apparemment différent chez SCHÖNLE, n. 44 à l'art. 185 CO.

³²¹ Pour plus de détails sur ces points, voir également GUIDE DES INCOTERMS, pp. 26 ss, BREDOW/SEIFFERT, p. 6, ch. 20 et XUEREF, pp. 134 ss.

³²² Cf. BFAI, pp. 187 s., ch. 5.4 et 5.5.

³²³ Voir les art. A5/B5 des différentes clauses.

³²⁴ Cf. dans un sens analogue SCHÖNLE, n. 74 à l'art. 185 CO.

tions demeurent régies par le Code des obligations³²⁵, en particulier par l'art. 119 CO. La définition du caractère fortuit de l'événement en question dépend du Code des obligations (art. 97 CO ss, art. 119 al. 1 CO³²⁶) et non des INCOTERMS, et cela quand bien même ce caractère fortuit est une exigence implicite des INCOTERMS³²⁷. De même, les droits et obligations des parties en cas de perte ou de détérioration fortuite après le moment du transfert des risques d'une marchandise entachée d'un défaut sont exclusivement réglés par le Code des obligations³²⁸ et non par les INCOTERMS.

2.113d Les *conditions* auxquelles le risque de la prestation du vendeur est transféré à l'acheteur, en particulier les conditions auxquelles le vendeur est libéré de son obligation principale et de toute prestation secondaire, ne sont en principe pas réglées par les INCOTERMS, mais par l'art. 119 al. 1 CO³²⁹, en rapport le cas échéant avec les art. 97 CO ss *a contrario*, 102 CO ss *a contrario* et 197 CO ss *a contrario*.

Cela étant, dans la mesure où il définit le moment du transfert à l'acheteur du risque du prix et le lieu auquel le vendeur doit exécuter son obligation de livraison³³⁰, un INCOTERM joue aussi un rôle dans la définition de la prestation du vendeur et dans la détermination du moment auquel le risque de celle-ci passe à l'acheteur:

- en effet, dans les ventes de choses de genre, il permet de déterminer le moment auquel, au plus tard, le risque de la prestation du vendeur doit être transféré à l'acheteur³³¹;
- dans les ventes de corps certains, il détermine l'étendue des responsabilités que le vendeur peut être appelé à assumer, avec pour effet d'exclure

³²⁵ Cette construction, qui n'est pas propre au droit suisse mais aux INCOTERMS, s'applique donc quel que soit l'ordre juridique dans le cadre duquel les parties choisissent de se référer à un INCOTERM.

³²⁶ Cf. *supra*, ch. 2.20 ss.

³²⁷ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 35.

³²⁸ Cf. *infra*, ch. 3.3 ss.

³²⁹ Cf. *supra*, ch. 2.8 ss et 2.43 ss, 2.55 ss. Voir dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 42 à l'art. 185 CO, et CORTESI, p. 124, ch. 3.3; avis (apparemment) partiellement différent chez SCHÖNLE, n. 44 et 73 à l'art. 185 CO.

³³⁰ Cf. clause A4 des différents INCOTERMS et Guide des INCOTERMS, p. 34. Voir néanmoins l'avis contraire (et surprenant) de KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 27 *in fine* à l'art. 185 CO, selon qui, sans aucune justification, les INCOTERMS ne régleraient pas le lieu d'exécution; cf. également à ce propos la critique de SCHÖNLE, n. 44 à l'art. 185 CO.

³³¹ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss et les réf. citées.

le transfert du risque de sa prestation si celle-ci est perdue ou détériorée à un stade et dans des circonstances où il doit en répondre³³².

2.113e Les clauses A5/B5 de chaque INCOTERM mettent à la charge de l'acheteur les risques de toute «*perte ou dommage que peut courir la marchandise*», la perte en question étant toute disparition matérielle de la chose vendue³³³.

Surviennent donc aux risques de l'acheteur selon les INCOTERMS tous les événements³³⁴, qui ont pour conséquence une disparition matérielle ou une altération de la marchandise: destruction, détérioration, perte, vol, saisie etc.

Cette définition relativement large des événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur correspond à ce qui est généralement admis par le droit et la pratique de la vente internationale³³⁵.

Il résulte de cela que, pour les partisans d'une limitation du transfert des risques aux cas de destruction ou de détérioration de la marchandise³³⁶, la référence des parties à un INCOTERM impliquera en principe également une extension du cercle des événements susceptibles d'entraîner un transfert des risques.

Pareille extension n'existe en revanche pas si l'on se rallie à l'opinion soutenue ici, selon laquelle sont susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur tous les cas de perte *lato sensu* ou de détérioration de la marchandise, incluant par conséquent le vol, la disparition et les obstacles politiques ou juridiques assimilables à une perte³³⁷.

bb. Les dérogations implicites

2.114 Dans certaines circonstances particulières, les expressions ou constructions juridiques dont les parties se servent, ou les usages ou termes commerciaux auxquels elles se réfèrent peuvent contenir implicitement une dérogation au régime mis en place par l'art. 185 CO, alors même que ces stipulations paraissent *a priori* neutres sur le plan du transfert des risques.

Les développements qui suivent ont pour objectif de proposer une interprétation possible de telles stipulations particulières, apparemment étrangè-

³³² Cf. *supra*, ch. 2.56 et SCHÖNLE, n. 73 à l'art. 185 CO.

³³³ Cf. notamment GUIDE DES INCOTERMS, p. 35.

³³⁴ Non imputables au vendeur, art. 119 al. 1 CO.

Cf. *infra*, ch. 2.167 et les réf. citées. Voir également EISEMANN, pp. 29 s., ch. 16; DERAIS, p. 129; AUDIT, p. 86, ch. 87; XUEREF, p. 135 *in fine*.

³³⁶ Cf. principalement SCHÖNLE, *supra*, ch. 2.37 et les réf. citées.

³³⁷ Cf. *supra*, ch. 2.103 ss, **2.104** et **2.105**.

res à la problématique du transfert des risques mais néanmoins susceptibles d’impliquer, dans certaines circonstances, une dérogation au régime de l’art. 185 CO.

i. La clause «franco»³³⁸ et les stipulations d’un lieu d’exécution différé

2.115 La clause *franco* (art. 189 al. 2 et 3 CO) n’est en principe qu’une simple règle d’attribution des coûts du transport jusqu’au lieu de destination figurant à côté du terme «*franco*», sans influence sur le transfert des risques; c’est là l’aboutissement de la jurisprudence du Tribunal fédéral, à laquelle plusieurs auteurs se sont ralliés³³⁹.

Il n’en va différemment selon le Tribunal fédéral que si des circonstances particulières permettent de dégager une volonté des parties de régler, par leur clause *franco*, également la question des risques³⁴⁰.

2.116 Dans son arrêt de 1927, le Tribunal fédéral a vu une telle circonstance particulière dans le fait que les parties étaient convenues d’une livraison *franco* à l’adresse du représentant du vendeur au lieu de destination de la marchandise. De fait, observe le Tribunal fédéral, pendant toute la durée du transport entre deux adresses du vendeur, l’acheteur n’avait plus aucune possibilité d’influencer le cours des choses ou de prendre lui-même des mesures propres à empêcher la survenance d’un éventuel dommage³⁴¹. De cette circonstance le Tribunal fédéral a déduit que les parties avaient déplacé conventionnellement le lieu d’exécution des obligations du vendeur et voulu dès lors déroger à la réglementation légale en matière de risques³⁴².

Le raisonnement adopté par le Tribunal fédéral doit être approuvé³⁴³. Il est conforme au principe général — qui, selon l’opinion soutenue ici, doit être appliqué tant aux ventes de corps certains qu’à celles de choses de genre³⁴⁴ —

³³⁸ L’interprétation de la clause «franco» et son effet sur le transfert des risques ont longtemps été des questions controversées; voir chez SCHMUTZ, pp. 30 ss, et HEGETSCHWEILER, p. 101, l’évolution de la jurisprudence sur ce point.

³³⁹ Cf. ATF 52 II 362, 365., JT 1927 I pp. 164 ss; voir aussi SCHÖNLE, n. 118 à l’art. 185 CO et les réf. citées à l’ATF 46 II 460; *idem*, in Mélanges Tandogan, p. 268 *in fine*; SCHMUTZ, p. 31 et les réf. citées n. 1; CORTESI, p. 123 et les réf. citées.

³⁴⁰ Cf. ATF 52 II cité; voir aussi SCHÖNLE, n. 119 à l’art. 185 CO; KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 43 à l’art. 185 CO.

³⁴¹ ATF 52 II, consid. 1 *in fine*.

³⁴² On retrouve du reste une idée analogue dans les clauses F, c’est-à-dire FRANCO, des INCOTERMS. Cf. *infra*, ch. 4.88 ss, 4.90.

³⁴³ Voir également SCHÖNLE, n. 119 à l’art. 185 CO et les réf. citées.

³⁴⁴ Cf. *supra*, ch. 2.55 s. et *infra*, ch. 2.119 s. et 2.121. Avis contraire chez SCHÖNLE, n. 46 et 54 à l’art. 185 CO.

selon lequel, chaque fois qu'il est établi, le cas échéant par la voie de l'interprétation, que les parties ont entendu, par une clause *franco* ou toute autre stipulation particulière, *déplacer le lieu d'exécution* des obligations du vendeur³⁴⁵, il y a retardement du moment du transfert des risques³⁴⁶ jusqu'à exécution en ce lieu de toutes les obligations mises à la charge du vendeur. Conformément à ce principe général, la stipulation d'une dette portable dans la vente de corps certains ou de choses de genre (*infra*, ii) et celle d'une dette sujette à expédition dans les ventes de corps certains (*infra*, iii) consacrent une dérogation aux règles de l'art. 185 al. 1 ou 2 CO.

ii. La stipulation d'une dette portable dans la vente de choses de genre et de corps certains

2.117 L'art. 74 CO prévoit à son deuxième alinéa deux lieux différents d'exécution des obligations, selon que celles-ci portent sur des corps certains (art. 74 al. 2 ch. 2) ou sur des choses déterminées par leur genre (clause résiduelle de l'art. 74 al. 2 ch. 3).

Les solutions de l'art. 74 CO sont de droit supplétif³⁴⁷. Les parties peuvent ainsi librement convenir d'un autre lieu d'exécution; on vient de le voir en rapport avec la clause *franco*.

La fixation par les parties d'un lieu d'exécution des obligations du vendeur différent de ceux prévus à l'art. 74 al. 2 CO signifie concrètement que le vendeur est *contractuellement tenu d'apporter* sa prestation en cet autre lieu et de l'y offrir à l'acheteur. Sa dette devient donc *portable*³⁴⁸, avec pour effet qu'il est notamment responsable de l'acheminement de la marchandise jusqu'en ce lieu d'exécution³⁴⁹.

³⁴⁵ «Loco-Klausel». Cf. dans le même sens POROY, p. 53. CORTESI, pp. 121 s. SCHÖNLE, qui n'admet la dérogation qu'en cas de vente de choses de genre, cf. n. 41 ss et 80 ss à l'art. 185 CO. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 185 CO, qui n'aborde la question que du point de vue des ventes sujettes à expédition. Avis contraire chez HEGETSCHWEILER, p. 85, et EGLI, pp. 102 s., (critiqués par SCHÖNLE, n. 41 à l'art. 185 CO) pour qui le lieu d'exécution n'aurait aucune incidence sur le transfert des risques.

³⁴⁶ Risque du prix dans les ventes de corps certains; risques de la prestation et du prix dans celles portant sur des choses de genre.

³⁴⁷ Cf. le texte des al. 1 et 2, 1ère phrase.

³⁴⁸ Ainsi qu'on le verra ci-après (cf. *infra*, ch. 4.198), pour que la dette du vendeur soit portable, il faut que le lieu d'exécution convenu par les parties soit distinct (a) du lieu de situation de la chose lors de la conclusion du contrat et (b) de tout établissement du vendeur. Si les parties conviennent d'une exécution du contrat en un établissement du vendeur auquel celui-ci doit apporter la marchandise, la dette du vendeur reste quérable.

³⁴⁹ Cf. SCHÖNLE, n. 43 à l'art. 185 CO; KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 25 à l'art. 185 CO; *supra*, ch. 2.51 *in fine*.

2.118 Si la dette (portable) du vendeur a pour objet une *chose de genre*, le risque de la prestation du vendeur et, par voie de conséquence, celui du prix ne peuvent passer à l'acheteur avant que le vendeur ait offert, au lieu d'exécution conventionnellement déplacé, le résultat de tous les actes que l'acheteur est en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la possession et de la propriété de la chose vendue³⁵⁰.

Concrètement, les deux risques passent à l'acheteur au moment auquel celui-ci prend livraison de la marchandise qui lui est régulièrement offerte par le vendeur au lieu d'exécution différé ou, s'il ne le fait pas, à compter du moment auquel, en raison de son inaction, l'acheteur se trouve en demeure de créancier³⁵¹.

Dans les ventes de choses de genre, la stipulation d'une dette portable en un lieu d'exécution différé rend donc inapplicables les règles particulières de l'art. 185 al. 2 CO, 1^{ère} et 2^e phrases³⁵².

Les auteurs³⁵³ qui, contrairement à ce qui précède, affirment que les risques en cas de dette portable d'une chose de genre passent à l'acheteur dès l'individualisation de la marchandise, méconnaissent qu'en cas de dette portable d'une chose de genre, le risque de l'impossibilité ne passe à l'acheteur qu'au moment de l'accomplissement par le vendeur, au lieu d'exécution convenu, de la dernière des obligations qui lui incombent.

2.119 Si la vente porte sur un *corps certain*, le risque de l'impossibilité est transféré à l'acheteur dès la conclusion du contrat³⁵⁴. Une partie de la doc-

³⁵⁰ Cf. *supra*, ch. 2.51 s. et 2.110 s.; voir également SCHÖNLE, n. 27 et 106 à l'art. 185 CO et les réf. citées; KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO; BALMER, pp. 106 ss; CORTESI, p. 122.

³⁵¹ Cf. *infra*, ch. 2.139 ss et 4.224 ss. Voir également SCHÖNLE, n. 109 s. à l'art. 185 CO. Le risque du prix (et de l'impossibilité) passe à l'acheteur dès sa demeure d'acceptation, que la marchandise ait été consignée ou non par le vendeur (art. 92 al. 1 CO; cf. à ce propos *infra*, ch. 4.138). Cela étant, concrètement, la consignation, dans la mesure où elle libère le vendeur de son obligation (art. 92 al. 1 CO *in fine*) et notamment de son obligation de garde, présente l'avantage, en cas de perte ou détérioration de la marchandise survenant après la demeure de l'acheteur, de dispenser le vendeur de toute preuve que la perte ou la détérioration en question sont survenues sans faute de sa part.

³⁵² Cf. *infra*, ch. 4.224 ss et les réf. citées, en particulier SCHÖNLE, n. 36, 92 et 127 à l'art. 185 CO ainsi que l'ATF 84 II 158, 160. Même opinion chez BECKER, n. 2 à l'art. 185 CO, OSER/SCHÖNENBERGER, n. 13 à l'art. 185 CO et POROY, p. 53. GIGER, n. 31 à l'art. 185 CO, esquive pour sa part la question en assimilant, semble-t-il, la dette portable à une vente sur place («Platzkauf»).

³⁵³ Voir les réf. citées par SCHMUTZ, pp. 47 ss, en particulier aux n. 3 et 4 p. 49; HEGETSCHWEILER, p. 86.

³⁵⁴ Cf. *supra*, ch. 2.55 s.

trine accroche dès lors instantanément à ce même moment le transfert à l'acheteur du risque du prix, quels que puissent être le lieu d'exécution et la nature (portable, quérable ou sujette à expédition) de la dette du vendeur³⁵⁵. Cet avis se fonde essentiellement sur la lettre et le champ d'application de l'art. 185 al. 1 CO, 1ère phrase, de même que sur la systématique et de la *ratio legis* des art. 119 et 185 CO qui imposeraient la simultanéité des transferts des risques de la prestation et du prix.

L'argument fondé sur la simultanéité du transfert des risques de la prestation et du prix ne paraît pas décisif, dans la mesure où, par exemple, dans les ventes de corps certains conclues sous condition suspensive, la loi (art. 185 al. 3 CO) prévoit que le risque de la prestation passe à l'acheteur lors de la conclusion de la vente et celui du prix au plus tôt lors de l'avènement de la condition³⁵⁶.

La référence à la lettre de l'art. 185 al. 1 CO n'est guère plus significative, dans la mesure où cette disposition réserve elle-même un régime d'exceptions résultant de *stipulations* ou de *circonstances* particulières. En réalité, selon l'avis défendu ici, la lettre de l'art. 185 al. 1 CO, 1ère phrase conduirait à des résultats clairement insatisfaisants dans tous les cas dans lesquels le corps certain est fortuitement perdu ou altéré alors qu'il est encore sous le contrôle et la maîtrise exclusifs et effectifs du vendeur, et qu'il n'a donc pas encore passé dans la propriété de l'acheteur. L'art. 185 al. 1 CO, 1ère phrase, est repris du droit romain, qui consacrait le caractère translatif de propriété du contrat de vente³⁵⁷. Or, s'il peut encore paraître acceptable qu'un acheteur doive supporter le risque du prix d'une chose que la simple conclusion du contrat a par ailleurs déjà fait passer dans son patrimoine, la règle du transfert du risque du prix lors de la conclusion du contrat n'a en revanche plus sa place dans un système, tel celui du Code des obligations, fondé sur le caractère purement obligatoire du contrat de vente (art. 184 CO), dans lequel l'acheteur n'acquiert, par la conclusion du contrat, qu'une créance personnelle en délivrance de la chose mais aucun droit absolu de propriété sur celle-ci³⁵⁸.

³⁵⁵ Cf. SCHÖNLE, n. 45, 46 et 54 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, p. 26, ch. III; GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO; KELLER/LÖRTSCHER, p. 24; POROY, p. 46; CAYTAS, p. 192; BUCHER, RDS 1970 I, p. 281. Avis contraire chez KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14, 15 et 26 à l'art. 185 CO.

³⁵⁶ Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.272 et les réf. citées.

³⁵⁷ Cf. à ce propos MEYLAN, p. 38; EGLI, pp. 47 s. Voir également le rapport de la Commission d'expert du Conseil national, session du 14 octobre 1908 (matin), intervention ISLER.

³⁵⁸ Cf. dans le même sens les critiques de BUCHER, *in* RDS 1970 I, pp. 283 à 285.

Au vu de la critique qui précède, on comprend qu'un principe général instituant le transfert du risque du prix au moment de la livraison de la marchandise serait, *de lege ferenda*, une construction souhaitable³⁵⁹. *De lege lata*, un tel principe général, apparemment contraire à la lettre claire de la loi, ne pourrait cependant être admis qu'à des conditions restrictives qui ne paraissent pas réalisées³⁶⁰.

Il convient donc de rechercher les moyens qu'offre le droit en vigueur de corriger les effets indésirables de l'art. 185 al. 1 CO. Vu la formulation de celui-ci, la seule liberté de manœuvre paraît résider dans les stipulations particulières des parties, analysées le cas échéant à la lumière de certaines circonstances particulières (art. 185 al. 1 CO, *in fine*).

2.120 Selon l'avis défendu ici, la solution du transfert du risque du prix au moment de la conclusion du contrat est critiquable dans tous les cas dans lesquels les parties déplacent conventionnellement le lieu d'exécution des obligations du vendeur, celui-ci ne devant plus s'exécuter au lieu où se trouvait le corps certain lors de la conclusion du contrat (art. 74 al. 2 ch. 2 CO) mais dans un autre lieu, par exemple au domicile de l'acheteur. Par là, les parties conviennent d'une dette portable du vendeur jusqu'à l'endroit convenu, avec pour conséquence que celui-ci est responsable de l'acheminement de la marchandise jusqu'au lieu d'exécution déplacé³⁶¹.

Or, pendant tout ce transport dont l'exécution lui incombe, seul le vendeur est en mesure d'influencer le cours des choses et de prendre le cas échéant des dispositions propres à écarter un éventuel préjudice.

Au regard de cette *circonstance particulière* – qui était du reste également le critère retenu par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence de 1927 pour justifier une dérogation à la réglementation légale en matière de risques³⁶² –, la *stipulation*, dans une vente de corps certain, d'une dette du vendeur portable en un lieu d'exécution différé doit donc être interprétée dans le sens d'un retardement du transfert du risque du prix jusqu'au moment

³⁵⁹ Cf. SIEBER, p. 114.

³⁶⁰ Cf. ATF 117 II 523, 525 et les réf. citées. Le juge ne peut s'écarter d'un texte clair que «lorsque des raisons sérieuses lui permettent de penser, sans doute possible, que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la norme et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulu et qui heurtent le sentiment de la justice (...). De telles raisons peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. En dehors du cadre ainsi défini, des considérations fondées sur le droit souhaitable ne permettent pas de s'écarter du texte clair de la loi».

³⁶¹ Cf. *supra*, ch. 2.117 *in fine*.

³⁶² Cf. *supra*, ch. 2.116.

auquel la marchandise parvient en ce lieu et y est remise à l'acheteur ou son représentant³⁶³.

Même si elle ne contient pas une dérogation expresse à la règle générale du transfert du risque du prix énoncée à l'art. 185 al. 1 CO, la stipulation d'une dette portable dans la vente de corps certains doit donc généralement être considérée, au vu des circonstances, comme une *stipulation particulière* au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* contenant implicitement une telle dérogation³⁶⁴.

Ainsi, toute convention déplaçant le lieu d'exécution de la prestation du vendeur contient – au moins implicitement, eu égard aux circonstances particulières entourant l'exécution des obligations du vendeur – une volonté des parties de reporter le transfert du risque du prix au moins jusqu'à ce que le vendeur ait *offert* en ce lieu d'exécution déplacé le résultat de toutes les obligations mises à sa charge par la convention ou la loi³⁶⁵.

Plus précisément, dans les ventes avec dette portable du vendeur, le risque du prix ne passe pas quand la marchandise est *offerte* au lieu d'exécution conventionnellement déplacé, mais lorsqu'elle y est *remise* à l'acquéreur, sous réserve d'une éventuelle demeure de créancier de sa part. Lorsque la vente porte sur une chose de genre, ce report du moment du transfert du risque du prix a en outre pour effet de différer d'autant le moment du transfert du risque de la prestation, selon le mécanisme déjà exposé ci-dessus³⁶⁶.

³⁶³ Cf., pour le détail de cette question, *infra*, 4.244 ss, 4.246.

³⁶⁴ Cf. dans le même sens CORTESI, pp. 121 s. Avis contraire chez SCHÖNLE, n. 54 à l'art. 185 CO. KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO, prône pour sa part une solution semblable à celle présentée ici, en considérant toutefois de façon quelque peu surprenante et sans autres explications (n. 44 à l'art. 185 CO), que ce résultat découlerait directement de la loi, qui consacrerait le principe général que le vendeur doit avoir les risques aussi longtemps qu'il n'a pas entrepris «die letzte ihm obliegende Erfüllungshandlung» (n. 26 à l'art. 185 CO); en conséquence, la stipulation d'une dette portable ne serait pas une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*. Voir à ce propos la critique de SCHÖNLE, n. 54 à l'art. 185 CO et les renvois: si l'on peut partager l'avis de KOLLER sur le plan du *résultat*, on doit en effet lui reprocher, sur le plan de la *justification*, de ne pas distinguer – à tout le moins pas suffisamment – les risques de la prestation et du prix et de perdre de vue que le risque de l'impossibilité dans la vente de corps certains est transféré à l'acheteur dès la conclusion du contrat (cf. *supra*, ch. 2.55 et les réf. citées) et non dès l'accomplissement par le vendeur du dernier des actes d'exécution qui lui incombent.

³⁶⁵ Cf. également *supra*, ch. 2.116 *in fine*.

³⁶⁶ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss.

- iii. La stipulation d'une dette sujette à expédition dans les ventes de corps certains

2.121 Dans les ventes sujettes à expédition, dans lesquelles le vendeur est tenu, non pas de le transporter lui-même, mais *d'expédier* le corps certain, c'est-à-dire d'en confier le transport à un tiers indépendant³⁶⁷, le risque du prix ne doit en principe être transféré à l'acheteur que lors de la remise de la marchandise à ce transporteur.

Cette dérogation à la règle générale de l'art. 185 al. 1 CO est à nouveau justifiée par une exception au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* résultant d'une stipulation particulière les parties.

En effet, lorsque les parties conviennent que le vendeur doit remettre le corps certain au convoyeur, le cas échéant en un lieu d'exécution particulier, la marchandise se trouve, jusqu'à son transfert en mains du tiers transporteur, dans la sphère de puissance exclusive du vendeur, qui est à nouveau le seul à pouvoir influencer le cours des choses et prendre le cas échéant des dispositions propres à écarter un éventuel préjudice. L'acheteur pour sa part ne le peut pas. Or, si cette circonstance fonde une dérogation à l'art. 185 al. 1 CO dans le cas d'une dette portable³⁶⁸, il paraît juste qu'elle constitue également une dérogation analogue dans le cas d'une dette sujette à expédition. Le transfert du risque du prix doit donc intervenir au plus tôt lors de la remise du corps certain au transporteur, le cas échéant au lieu particulier expressément fixé par l'accord des parties³⁶⁹.

Du reste, cette solution s'impose d'autant plus qu'elle permet de régler de façon cohérente *tous* les cas de vente à distance de corps certains (dettes sujettes à expédition *et* dettes portables), en particulier le cas (qui n'est pas

³⁶⁷ Ventes à distance au sens étroit (dans lesquelles la dette du vendeur est «sujette à expédition»), cf. *supra*, ch. 2.51 et *infra*, ch. 4.47 ss et 4.82 ss. SCHÖNLE, n. 24 et 42 à l'art. 185 CO.

³⁶⁸ Cf. *supra*, ch. 2.119 s.

³⁶⁹ A nouveau, un *résultat* semblable est prôné par KOLLER, n. 14 et 15 à l'art. 185 CO. Son *raisonnement* est toutefois critiquable, dans la mesure où, à nouveau, KOLLER ne distingue apparemment pas les risques de la prestation et du prix et perd de vue que le risque de l'impossibilité dans la vente de corps certains est transféré à l'acheteur dès la conclusion du contrat et non dès l'accomplissement par le vendeur du dernier des actes d'exécution qui lui incombent. Voir également la critique de SCHÖNLE, n. 46 à l'art. 185 CO. A noter que CORTESI, p. 122, propose sans explications (mais dans le sillage de KOLLER, cité ci-dessus) d'appliquer l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase par analogie à la vente de corps certains. Dans le prolongement de cet avis, on pourrait même admettre une application *directe* (et non par analogie) de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase aux ventes de corps certains sujettes à expédition; en effet, ni la lettre, ni la systématique, ni le but des art. 119 et 185 CO n'indiquent que l'exception de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase serait limitée aux ventes des choses de genre.

rare) dans lequel la marchandise doit être remise à un transporteur indépendant en un lieu *autre* que le domicile ou un établissement du vendeur (combinaison d'une dette portable du vendeur jusqu'en ce lieu et d'une dette sujette à expédition à partir de là). Selon l'opinion soutenue ici, le vendeur qui doit acheminer lui-même la marchandise au transporteur en cet endroit en supporte le risque du prix jusqu'au transfert au transporteur, ce résultat étant justifié tout à la fois par la solution dégagée ci-dessus³⁷⁰ en matière de dette portable et par celle qui vient d'être exposée en matière de dette sujette à expédition³⁷¹.

iv. La stipulation particulière d'une garantie expresse

2.122 Le vendeur qui garantit³⁷² l'exécution de son obligation s'expose à devoir fournir une prestation nouvelle ou de remplacement – nouvelle livraison de la chose de genre ou indemnisation de l'acheteur (dommages-intérêts positifs) dans le ventes de corps certain – pour le cas où, même sans aucune faute de sa part, la prestation initiale serait empêchée³⁷³.

Pareille garantie du vendeur doit en effet être comprise, le cas échéant selon le principe de la confiance, comme une modification conventionnelle de l'art. 119 al. 1 CO, dont l'effet consiste à supprimer le transfert à l'acheteur du risque de la prestation³⁷⁴. Corrélativement, elle écarte donc également toute question de transfert du risque du prix.

Il doit en aller de même lorsque, dans une vente à distance, le vendeur garantit l'arrivée régulière de la marchandise au lieu de destination convenu. A nouveau, pareil engagement signifie que le vendeur supporte le risque de sa prestation, en l'espèce jusqu'à l'arrivée régulière de la marchandise au lieu de destination. Corrélativement, le transfert du risque du prix est repoussé jusqu'au même moment. Si la marchandise ne parvient pas au lieu de destination ou n'y parvient qu'en partie ou en mauvais état, le vendeur doit donc, au titre de sa garantie, une prestation de remplacement ou un dédommagement³⁷⁵,

³⁷⁰ Cf. *supra*, ch. 2.120.

³⁷¹ Sur les détails de cette question, cf. *infra*, ch. 4.74 ss.

³⁷² Cette garantie ne doit pas être confondue avec la garantie du vendeur pour les éventuels défauts de la chose vendue.

³⁷³ Cf. art. 111 CO par analogie ainsi que GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 2622 s. et les réf. citées et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 3304.

³⁷⁴ Cf. notamment BUCHER, A. T., pp. 421 s.

³⁷⁵ Exécution d'une nouvelle livraison s'il s'agit de choses dont le genre existe encore ou paiement de dommages-intérêts positifs s'il s'agit d'un corps certain ou de choses d'un genre épuisé.

sans pouvoir exiger de l'acheteur une contre-prestation supplémentaire correspondante³⁷⁶. Cela explique qu'une telle promesse du vendeur soit régulièrement interprétée dans le sens d'une garantie pour le transport, c'est-à-dire d'une prise en charge par le vendeur des risques de transport, laquelle garantie implique, en tout cas indirectement, une dérogation aux règles de l'art. 185 CO³⁷⁷.

2.123 Le vendeur peut aussi limiter sa garantie d'exécution à certains éléments. Par exemple, dans une vente internationale, il promet expressément l'obtention des autorisations nécessaires à l'exportation (ou à l'importation) de la marchandise³⁷⁸.

Selon une réflexion analogue à celle qui précède, il faut admettre que, par ce genre de garantie, le vendeur s'engage à l'égard de l'acheteur à supporter les conséquences de l'absence de l'élément promis³⁷⁹. Si, même pour des raisons non imputables au vendeur, cet élément fait défaut et l'empêche d'apporter sa prestation, le vendeur ne peut donc pas se libérer en invoquant l'art. 119 al. 1 CO. Au contraire, comme il s'est engagé à supporter les risques liés à l'absence de l'élément promis, il devra fournir une prestation nouvelle ou de remplacement. La garantie du vendeur est toutefois limitée au seul risque que l'élément promis fasse finalement défaut; si la prestation devient impossible pour une autre cause non imputable au vendeur, celui-ci sera libéré (art. 119 al. 1 CO), avec pour conséquence que l'acheteur aura le risque de la prestation et, le cas échéant, celui du prix. Une garantie limitée à un élément particulier n'entraîne pas *a priori* un déplacement général du moment légal ou conventionnel du transfert des risques³⁸⁰.

Ainsi, le vendeur s'est contractuellement obligé à remettre une chose individualisée du genre convenu à un transporteur (indépendant et non auxiliaire) avant le passage de la frontière³⁸¹ et promet en outre l'obtention des autorisations nécessaires à l'exportation et/ou l'importation de la marchandise.

³⁷⁶ L'acheteur peut quant à lui retenir le paiement du prix jusqu'à l'exécution de la prestation de remplacement ou de dédommagement (art. 82 et 213 CO).

³⁷⁷ Cf. notamment SCHMUTZ, pp. 34 ss, et les réf. citées; GIGER, n. 86 à l'art. 185 CO.

³⁷⁸ Cf. p. ex. GIGER, n. 86 à l'art. 185 CO, SCHMUTZ, p. 35 et EGLI, p. 121.

³⁷⁹ Cf. POROY, p. 52; SCHMUTZ, p. 35.

³⁸⁰ Cf. dans le même sens CORTESI, p. 125.

³⁸¹ Dette sujette à expédition avec remise au transporteur en un lieu d'exécution avant la frontière.

En principe, dans ce cas, le transfert des risques a lieu lors de la remise de la marchandise au transporteur³⁸² et la garantie portant sur l'obtention des autorisations d'exporter ou d'importer ne change pas ce principe général.

Le vendeur a en effet exclusivement accepté d'assumer les conséquences (a) de toute impossibilité d'exécution survenant avant la remise au transporteur et (b) de toute impossibilité d'exécution liée à la non-délivrance des autorisations nécessaires au franchissement de la frontière³⁸³. Cela signifie que si, après sa remise au transporteur mais avant le passage de la frontière, la marchandise est perdue, volée, détruite ou détériorée, cette impossibilité survient aux risques de l'acheteur puisque (a) ce n'est pas un empêchement survenant avant la remise au transporteur et (b) ce n'est pas davantage un empêchement dû à la non-délivrance des autorisations.

Dans ce cas, la garantie donnée ne vaut donc pas déplacement général du moment du transfert des risques fixé par l'art. 185 CO³⁸⁴.

2.124 A noter encore que l'acheteur peut lui aussi garantir au vendeur l'existence de certains éléments du contrat, par exemple l'obtention de toutes les autorisations nécessaires à l'importation de la marchandise.

Si ces éléments font ultérieurement défaut, c'est à l'acheteur, même non fautif, qu'il appartiendra d'assumer les conséquences de sa garantie et d'indemniser le vendeur à concurrence de l'intérêt positif³⁸⁵, ce qui reviendra le plus souvent à lui verser le prix convenu. Dans la mesure où l'absence du ou des éléments promis rend impossible l'exécution de tout ou partie de la prestation du vendeur, celui-ci sera pour sa part partiellement ou totalement libéré en conformité de l'art. 119 al. 1 CO. En revanche, la garantie donnée par l'acheteur et son obligation d'indemniser le vendeur empêchent dans ce cas qu'il puisse invoquer l'art. 119 al. 2 CO³⁸⁶.

v. Dérogation implicite du fait de la stipulation «prix contre marchandise»?

2.125 En principe, une stipulation «*prix contre marchandise*», ou tout autre formulation analogue faisant dépendre le paiement de la fourniture de la chose

³⁸² Cf. art. 185 al. 2 CO, 2e phrase et *infra*, IV.

³⁸³ Voir aussi CORTESI, pp. 125 s.

³⁸⁴ A fortiori, il ne saurait y avoir déplacement du moment du transfert des risques lorsque le vendeur s'engage simplement à requérir les autorisations nécessaires sans pour autant garantir leur délivrance. Voir dans ce sens par exemple les clauses A2 et A5 de l'INCOTERM FOB.

³⁸⁵ Cf. art. 111 CO par analogie et *supra*, ch. 2.121 et les réf. citées.

³⁸⁶ On peut s'inspirer ici de ce qui a été dit *supra*, ch. 2.83 en matière d'impossibilité imputable au créancier.

vendue, ne paraît pas contenir une dérogation, même implicite, aux règles sur le transfert des risques.

En effet, *a priori*, de telles précisions ne font que confirmer le principe exprimé aux art. 82, 211 al. 1 et 213 al. 1 CO. Or, ces dispositions, en particulier les art. 211 al. 1 et 213 al. 1 CO, n'empêchent pas l'art. 185 CO de déployer ses effets en matière de transfert des risques.

2. Exceptions résultant de circonstances particulières

2.126 Hormis les circonstances particulières permettant dans certains cas d'interpréter des stipulations ou des mécanismes contractuels et d'en dégager une volonté commune des parties de déroger à la réglementation légale en matière de risques³⁸⁷, existe-t-il des *circonstances particulières* qui, même en l'absence de toute clause qui eût pu prêter à interprétation, justifient une dérogation aux règles légales sur le transfert des risques?

aa. Circonstances particulières du fait de la vente par le même vendeur de la même chose à plusieurs acheteurs?

2.127 Ce cas n'est généralement évoqué qu'en rapport avec des corps certains³⁸⁸; cela étant, le problème examiné ici pourrait également se poser dans le cadre d'une vente portant initialement sur une chose de genre, lorsque le vendeur, par exemple dans une vente sujette à expédition, revend une cargaison à plusieurs autres acheteurs après l'avoir individualisée, marquée, emballée, remise au transporteur etc.

Différence essentielle dans ce contexte, la cargaison reste à l'égard du premier acheteur une chose de genre, bien qu'elle soit devenue comparable à un corps certain³⁸⁹. En revanche, à l'égard des acheteurs auxquels elle est

³⁸⁷ Et qui sont vraisemblablement les cas les plus fréquents dans lesquels des circonstances particulières entraîneront une dérogation aux règles de l'art. 185 CO; cf. SCHÖNLE, n. 64 s. à l'art. 185 CO.

³⁸⁸ Cf. par exemple SCHÖNLE, n. 64 à l'art. 185 CO.

³⁸⁹ Contrairement au texte de l'ancien art. 204 CO (prédécesseur de l'art. 185 actuel; cf. FF 1881 III, pp. 111 s.), selon lequel «...si la chose aliénée a été déterminée seulement quant à son espèce, il faut, de plus, qu'elle soit devenue un *corps certain*...», l'individualisation de la chose de genre, si elle en fait une chose individuellement déterminée comparable à plus d'un égard à un corps certain, n'en fait pas un corps certain *stricto sensu*. Cela est confirmé notamment par l'art. 206 CO, selon lequel les défauts d'une chose de genre individualisée donnent notamment à l'acheteur une action en livraison d'une nouvelle chose non défectueuse, moyen qui n'existe pas dans la livraison de corps certains défectueux.

revendue ultérieurement en cours de transport, la cargaison est alors clairement un corps certain.

2.128 En cas de perte, de destruction ou de détérioration de la chose, le vendeur ne peut demander son prix à chaque acheteur au titre du transfert des risques; pareil cumul serait choquant³⁹⁰.

Selon GIGER³⁹¹, sauf mauvaise foi du vendeur lors de la conclusion du (ou des) contrats ultérieurs, l'acheteur qui a sur la chose *un droit préférable* («*das bessere Recht*») doit en avoir les risques.

Cette solution est impraticable. En effet, on ignore tout d'abord ce qu'est un tel «droit préférable» et GIGER ne fournit aucune définition, aucun critère qui permette de cerner cette notion³⁹². En outre, à supposer même qu'il existe une définition de ce droit préférable, l'acheteur recherché par le vendeur en paiement du prix au titre du transfert des risques devrait, pour se libérer, soit prouver qu'un autre acheteur a un tel droit préférable, soit démontrer la mauvaise foi du vendeur lors de la deuxième vente ou, au moins, son ignorance fautive (art. 3 al. 2 CCS). Or, il est manifestement exagéré et injuste de faire pareillement peser sur l'un des acheteurs, soit sous forme de risque du prix soit sous forme de fardeau de la preuve, les effets d'une situation complexe qui est en définitive l'œuvre fautive du seul vendeur³⁹³.

2.129 Selon BUCHER et SCHMUTZ, il faut voir dans ce cas de vente multiple une *circonstance particulière* justifiant que le vendeur supporte seul les risques d'une éventuelle altération ou perte de la chose vendue plusieurs fois³⁹⁴.

2.130 Ainsi que SCHÖNLE le souligne avec raison³⁹⁵, il n'est en réalité même pas nécessaire de recourir aux *circonstances particulières* de l'art. 185 CO pour libérer l'un ou l'autre des acheteurs de son obligation de payer le prix de

³⁹⁰ Cf. SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 275 et les réf. citées; SCHMUTZ, p. 53 et les réf. citées n. 5-7; BUCHER, RDS 1970 I p. 283; GIGER, n. 80 à l'art. 185 CO.

³⁹¹ Cf. GIGER, n. 80 à l'art. 185 CO et les critiques de SCHMUTZ, p. 54.

³⁹² S'il devait s'agir du droit du premier acheteur, il est expressément contesté ici qu'il soit en aucune façon préférable aux droits que les acheteurs ultérieurs déduisent de leurs contrats respectifs avec le vendeur.

³⁹³ Cf. dans le même esprit, SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 275 *ad* note 26.

³⁹⁴ SCHMUTZ, p. 54 et les réf. citées n. 3 et 4; BUCHER, RDS 1970 I, p. 283; voir aussi POROY, p. 55. Même idée de base dans la thèse de CORTESI, qui souligne en conclusion (p. 177) que le vendeur supporte les risques dans tous les cas, qu'il ait agi intentionnellement ou par négligence.

³⁹⁵ SCHÖNLE, n. 65-68 à l'art. 185 CO; *idem*, in *Mélanges Tandogan*, pp. 275 s.

vente, dans la mesure où ceux-ci disposent d'actions en dommages-intérêts ou de moyens de résoudre ou d'invalider le contrat.

2.131 En effet, si la chose vendue *disparaît totalement* (perte, destruction, vol) avant sa livraison à titre de propriété à l'un ou l'autre des acheteurs, chacun d'eux peut se libérer de son obligation de payer le prix en invoquant la violation par le vendeur, principalement, de son obligation, déduite de l'art. 2 al. 1 CCS, d'agir selon les règles de la bonne foi et, subsidiairement, de son obligation accessoire (également déduite des règles de la bonne foi – art. 2 al. 1 CCS) «... *d'organiser son entreprise de façon à ce que la marchandise ne soit pas vendue à plusieurs reprises avant le transfert de la propriété*»³⁹⁶.

En vendant la chose une nouvelle fois, le vendeur a enfreint à l'égard du *premier* acheteur son obligation de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte aux droits que le contrat conclu a conférés à son partenaire. Il a en outre violé son devoir accessoire de s'organiser de façon à éviter les ventes multiples. La violation, présumée fautive, de ces devoirs donne dès lors au premier acheteur, en cas d'inexécution, la faculté de réclamer des dommages-intérêts positifs et surtout la possibilité de se départir du contrat, de refuser le paiement du prix et de réclamer le remboursement de tout éventuel montant déjà versé augmenté, le cas échéant, de dommages-intérêts négatifs³⁹⁷. L'acheteur dispose de ces moyens quelle que soit la cause de l'inexécution par le vendeur (perte fortuite ou livraison à un autre acheteur). C'est là une particularité du cas: en effet, en principe, seule une inexécution imputable à faute au vendeur, à l'exclusion de toute perte fortuite, devrait permettre à l'acheteur d'agir en dommages-intérêts ou de se départir du contrat. Or, il doit être indifférent dans le cas particulier que l'inexécution soit due à un événement fortuit ou à la livraison faite à un autre acheteur: sans l'événement fortuit, le vendeur aurait à coup sûr dû indemniser celui des acheteurs auquel il n'aurait pas pu livrer la chose. Il n'y a donc aucune raison de mieux le placer au motif que la chose a disparu fortuitement; au contraire, il appartient au vendeur de supporter toutes les conséquences de la situation confuse qu'il a pris le risque de créer. Une exception peut toutefois être faite, lorsque le vendeur peut prouver avec précision (par exemple par un document de transport attestant l'identité du destinataire) qu'au moment de sa perte, la marchandise était déjà irréversiblement destinée au premier acheteur; auquel cas, il paraîtrait cohérent que celui-ci supporte le risque du prix.

³⁹⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 66 *in initio* à l'art. 185 CO, et Mélanges Tandogan, p. 275 *in fine*.

³⁹⁷ Cf. art. 97 al. 1 et/ou 107 al. 2 et 109 CO ainsi que SCHÖNLE, n. 66 à l'art. 185 CO.

A l'égard des acheteurs ultérieurs, le vendeur a enfreint son devoir précontractuel d'informer, également déduit de l'art. 2 al. 1 CCS, voire l'interdiction de la tromperie intentionnelle. La *culpa in contrahendo* qu'il commet ce faisant donne aux acheteurs concernés le droit d'invalider la vente en invoquant leur erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO ou, le cas échéant, le dol du vendeur au sens de l'art. 28 CO. Les acheteurs ultérieurs peuvent ainsi se soustraire à leur obligation de payer le prix et récupérer selon les règles sur l'enrichissement illégitime ce qu'ils auraient éventuellement déjà versé³⁹⁸. On doit également admettre que les acheteurs ultérieurs, tout comme le premier acheteur, invoquent une violation fautive par le vendeur, soit de son obligation de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte aux droits que le contrat conclu a conférés à son partenaire, soit de son devoir accessoire de s'organiser de façon à éviter les ventes multiples. Selon cette approche, ainsi qu'on vient de le voir, ils peuvent réclamer des dommages-intérêts positifs (art. 97 CO) et surtout se départir du contrat (art. 107 al. 2 CO), refuser le paiement du prix et de réclamer remboursement de tout éventuel montant déjà versé augmenté, le cas échéant, de dommages-intérêts négatifs (art. 109 CO).

Ainsi, la libération des acheteurs de l'obligation de payer le prix malgré la perte ou la détérioration fortuite de la chose après le moment du transfert des risques se règle le cas échéant sans même devoir recourir aux circonstances particulières réservées par l'art. 185 CO.

2.132 Si la chose vendue par le même vendeur à plusieurs acheteurs est, non pas perdue ou détruite, mais *altérée fortuitement* après le moment du transfert des risques, le risque du prix de la chose désormais défectueuse est en principe à la charge de l'acheteur auquel celle-ci est livrée, sans qu'il puisse agir en garantie³⁹⁹.

³⁹⁸ Cf. art. 62 CO, al. 1 et al. 2, 1ère hypothèse, de même que SCHÖNLE, n. 66 *in fine* à l'art. 185 CO. A noter que, même si le vendeur prouve que la marchandise était irréversiblement destinée à l'un ou l'autre des acheteurs ultérieurs, l'acheteur en question ne perd en principe pas son droit d'invalider le contrat en raison du vice qui affectait sa volonté au moment de conclure.

³⁹⁹ Cf. SCHÖNLE, n. 67 *in initio* à l'art. 185 CO. A noter, pour être complet, – mais cette hypothèse reste très théorique – qu'en raison de la violation (présumée fautive) par le vendeur de ses divers devoirs déduits de l'art. 2 al. 1 CCS (cf. ci-dessus, ch. 2.131), cet acheteur dispose en principe contre le vendeur d'une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 97 al. 1 CO, à la condition bien évidemment que ladite violation (et non la livraison partielle ou défectueuse) lui ait causé un préjudice.

Les acheteurs qui ne reçoivent rien peuvent, pour leur part, agir contre le vendeur en dommages-intérêts positifs selon les art. 97 al. 1/107 al. 2 CO en raison des fautes qu'il a commises. Il peuvent également se départir du contrat (art. 109 CO)⁴⁰⁰. Les acheteurs ultérieurs peuvent en outre invalider la vente pour erreur essentielle, voire pour dol⁴⁰¹.

2.133 Il n'est ainsi pas nécessaire de qualifier la vente d'une marchandise à plusieurs acheteurs successifs de *circonstance particulière* permettant de soustraire le cas échéant l'un ou l'autre de ces acheteurs aux effets indésirables de l'art. 185 CO. En effet, même en cas d'événement fortuit touchant la chose vendue après le moment du transfert des risques, tout le débat se situe en dehors des hypothèses de l'art. 119 al. 1 CO, en sorte que l'art. 185 CO ne trouve simplement pas à s'appliquer.

bb. Circonstances particulières en raison de certains faits ou mesures du vendeur après le moment auquel, normalement, le transfert des risques devrait intervenir?

2.134 Selon le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine⁴⁰², il y a en principe circonstances particulières justifiant une dérogation à l'art. 185 CO en faveur de l'acheteur lorsque, dans une vente à distance, ce dernier n'a aucune possibilité d'influencer le cours des choses ou de prendre lui-même d'éventuelles dispositions en vue d'empêcher la survenance d'un dommage.

Dans le prolongement de cet avis, on peut se demander si, d'une façon plus générale, les mesures prises par le vendeur *après* le moment du transfert des risques, qui modifieraient le déroulement de la livraison tout en privant l'acheteur de toute possibilité d'intervenir pour écarter un éventuel dommage, ne devraient pas aussi être considérées comme des circonstances particulières justifiant finalement une dérogation aux principes de l'art. 185 CO.

A titre d'illustrations:

a) dans une vente sujette à expédition, le vendeur, averti de difficultés dans l'acheminement par chemin de fer, ordonne au transporteur auquel il a

⁴⁰⁰ Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.28 et les réf. citées. Il est en effet admis, bien que la loi ne le prévoit pas expressément, que le créancier d'une obligation devenue impossible par la faute du débiteur puisse se départir du contrat.

⁴⁰¹ Cf. *supra*, ch. 2.131.

⁴⁰² Cf. ATF 52 II 362, **365**, cité *supra*, ch. 2.117; voir également ATF 84 II 158. Voir également KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 38 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

- remis la marchandise d'interrompre le transport par rail et d'acheminer la cargaison par un autre moyen. Pendant le chargement à bord du nouveau moyen choisi, la marchandise est fortuitement détériorée.
- b) dans une vente du même type, le vendeur, averti d'une insolvabilité de l'acheteur, instruit le transporteur d'interrompre le convoiage et de ne pas délivrer la marchandise à l'acheteur, tant que celui-ci n'a pas fourni des sûretés suffisantes. Pendant cette interruption, la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée.
- c) dans une vente du même type, le vendeur, craignant d'avoir livré des marchandises défectueuses et voulant encore vérifier leur état, fait interrompre le transport par route en cours. Pendant cette opération, une partie de la cargaison est fortuitement détériorée.

2.135 Le principe paraît être que la mesure prise par le vendeur ne pourrait être considérée comme circonstance particulière justifiant une dérogation à l'art. 185 CO en faveur de l'acheteur que si cette mesure servait principalement les intérêts du vendeur, sans être commandée par ailleurs par des circonstances propres à l'acheteur.

Ainsi, dans l'exemple (a) ci-dessus, le changement de moyen de transport est entrepris principalement dans l'intérêt de l'acheteur, auquel le vendeur veut éviter autant que possible une livraison tardive. Au vu des circonstances, il paraîtrait donc équitable⁴⁰³ que l'acheteur supporte le risque du prix de l'événement fortuit. La mesure prise par le vendeur ne justifie dès lors pas une dérogation aux règles sur le transfert des risques normalement applicables à ce cas.

Dans l'exemple (b) ci-dessus, l'interruption du transport est dictée par l'intérêt du vendeur, mais commandée par l'insolvabilité de l'acheteur, c'est-à-dire par des circonstances qui sont propres à ce dernier. A nouveau, vu ces circonstances, il paraît donc équitable que l'acheteur supporte le risque de l'événement fortuit. L'intervention du vendeur, à la condition qu'elle ait été réellement justifiée⁴⁰⁴, ne doit donc pas davantage entraîner une dérogation aux règles sur le transfert des risques normalement applicables à ce cas.

Enfin, dans l'exemple (c), l'interruption du transport est dictée par le seul intérêt du vendeur, qui ne veut pas risquer de se voir reprocher d'avoir fourni une marchandise défectueuse. La mesure visant donc avant tout la

⁴⁰³ Les bases légales de cette solution en équité sont l'art. 4 CCS en rapport avec l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, qui admet des dérogations aux règles du transfert du risque du prix en présence de circonstances particulières.

⁴⁰⁴ Pour le cas où cette mesure n'était pas justifiée, cf. *infra*, ch. 4.80 *in fine*.

sauvegarde des intérêts du vendeur, il paraît équitable d'admettre en l'espèce l'existence de circonstances particulières commandant que le vendeur supporte les risques de la détérioration fortuite⁴⁰⁵ et ne puisse réclamer à l'acheteur le paiement du prix de la partie détruite ou défectueuse de la cargaison.

cc. Circonstances particulières du fait que le vendeur n'a pas écarté tout risque qu'il lui eût été objectivement possible de prévenir ?

2.136 Au titre d'une exception résultant de circonstances particulières au sens de l'art. 185 al. 1 CO, certains auteurs veulent mettre à la charge du vendeur tout *«risque qu'il eût été en son pouvoir d'écarter et cela quand bien même aucune faute ne pourrait lui être reprochée»*⁴⁰⁶. CAVIN en particulier veut ainsi laisser au vendeur *«tous les risques qu'il est objectivement possible de prévenir»*⁴⁰⁷.

Cet avis paraît excessif et perd du reste de vue qu'une exception à l'art. 185 CO suppose nécessairement réalisé l'état de fait de cette norme. Or, précisément, dans l'hypothèse visée par CAVIN, l'une des conditions d'application de l'art. 185 CO fera le plus souvent défaut.

2.137 En effet, s'il survient un événement que le vendeur aurait objectivement pu prévenir, auquel, objectivement, il aurait pu soustraire la chose vendue, cela paraît impliquer que la chose vendue est encore, d'une manière ou d'une autre, dans sa sphère de puissance.

Or, si la chose vendue est dans la sphère de puissance du vendeur, ce dernier a une obligation accessoire de garde et de conservation de la chose (art. 2 al. 1 CCS). Si, dans ces circonstances, le vendeur ne fait pas tout ce qui aurait raisonnablement été en son pouvoir pour écarter un risque qu'il lui était objectivement possible de prévenir, il viole cette obligation accessoire et doit des dommages-intérêts selon l'art. 97 CO, à moins qu'il ne prouve son absence de faute⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Celle-ci ne devient pas pour autant imputable au vendeur au sens de l'art. 119 CO. Voir néanmoins GIGER, n. 44 à l'art. 185 CO, qui considère que la perte de la marchandise survenant à l'occasion d'une interruption du transport par le vendeur n'est plus fortuite, ce qui, compte tenu des distinctions qui viennent d'être faites, paraît être une généralisation contestable.

⁴⁰⁶ CAVIN, p. 38; cf. aussi MEYLAN, pp. 38 s.; KELLER/LÖRTSCHER, p. 26.

⁴⁰⁷ CAVIN, même réf.

⁴⁰⁸ Preuve qui lui sera le cas échéant difficile à apporter si, ainsi que le suppose CAVIN, le vendeur n'a pas prévenu un risque malgré la possibilité objective qu'il avait de le faire, c'est-à-dire malgré sa prévisibilité. C'est là manifestement une négligence de sa part, c'est-à-dire une faute.

Si le vendeur doit répondre de la survenance d'un événement dommageable, les art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO *ne s'appliquent pas*, puisqu'il manque la condition d'absence de faute⁴⁰⁹.

Ce cas ne peut donc pas être considéré comme une exception à la règle de l'art. 185 CO en raison de circonstances particulières; il s'agit en principe d'un cas où l'état de fait d'un transfert des risques à l'acheteur n'est simplement pas réalisé⁴¹⁰.

dd. Circonstances particulières du fait de la demeure de l'une des parties?

i. La demeure de débiteur du vendeur

2.138 Il s'agit de déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, un retard du vendeur dans l'exécution de l'une ou l'autre des obligations qui lui incombent peut modifier le moment auquel les art. 119 et 185 CO opèrent le transfert à l'acheteur des risques de la prestation et du prix.

2.138a Si le vendeur, en retard dans l'exécution de l'une des obligations mises à sa charge, ne peut apporter la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 CO, il répond de tout cas fortuit (art. 103 al. 1 et 2 CO).

Cette responsabilité l'empêche de se prévaloir de l'art. 119 al. 1 CO⁴¹¹, en sorte que les art. 119 al. 3 et 185 al. 2 CO ne s'appliquent pas.

La demeure fautive du vendeur n'est donc pas une circonstance particulière justifiant une dérogation aux règles du Code des obligations en matière de transfert des risques; elle est un obstacle au transfert des risques.

2.138b Si le vendeur peut apporter la preuve libératoire réservée par l'art. 103 al. 2 CO, il ne répond plus du cas fortuit. La question des risques de la prestation et du prix se règle dès lors comme suit, en distinguant selon que la vente porte sur une chose de genre ou un corps certain.

2.138c Dans une vente portant sur une *chose de genre*, les risques de la prestation et du prix passent à l'acquéreur lorsque le vendeur a fait tout ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la propriété et de la possession de la marchandise⁴¹².

⁴⁰⁹ Cf. *supra*, ch. 2.20 ss et 2.108.

⁴¹⁰ Dans le même sens, SCHMUTZ, p. 55.

⁴¹¹ Cf. *supra*, ch. 2.20 ss, **2.23**. Voir aussi GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2996 ss, **2998**.

⁴¹² Cf. *supra*, ch. 2.50 ss, **2.54**.

Si le vendeur est en retard sans sa faute dans l'exécution de l'une ou l'autre de ces obligations, le moment du transfert des risques de la prestation et du prix est donc logiquement différé jusqu'à ce que le ou les actes manquants soient accomplis.

Un cas fortuit antérieur à l'exécution (tardive) par le vendeur du dernier acte attendu de lui intervient donc à un moment auquel les risques de la prestation et du prix n'ont pas encore passé à l'acheteur. Celui-ci conserve donc les moyens que lui confèrent les art. 102 CO ss, à savoir le maintien de l'action en exécution (art. 102 et 107 al. 2 CO, 1^{ère} hypothèse) ou la résolution du contrat (art. 107 al. 2 CO, 3^e hypothèse)⁴¹³.

Inversement, le cas fortuit qui touche la prestation du vendeur une fois qu'il a exécuté (tardivement) tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui survient donc après le moment du transfert des risques de la prestation et du prix, en sorte que le vendeur est libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO) et l'acheteur est tenu de payer le plein prix convenu au titre du transfert des risques (art. 119 al. 3 et 185 al. 2 CO).

2.138d Si la vente porte sur un *corps certain*, le risque de la prestation est transféré à l'acquéreur de la chose dès la conclusion du contrat⁴¹⁴. En revanche, selon l'opinion soutenue ici, le risque du prix ne passe à l'acheteur qu'au moment auquel le résultat de toutes les obligations contractuelles incombant au vendeur est offert au lieu d'exécution convenu⁴¹⁵.

Si le vendeur est en retard sans sa faute dans l'exécution de l'une ou l'autre de ces obligations, le moment du transfert du risque du prix est donc logiquement différé jusqu'à ce que le ou les actes manquants soient accomplis.

Un cas fortuit touchant le corps certain avant l'exécution (tardive) par le vendeur de toutes ses obligations intervient donc après le moment du transfert du risque de la prestation mais avant celui du transfert du risque du prix. Dans ce cas, les deux parties sont libérées de leurs obligations, le vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO et l'acheteur selon l'art. 119 al. 3 *a contrario* et al. 2 CO.

Si le cas fortuit atteint la prestation du vendeur une fois qu'il a exécuté (tardivement) toutes ses obligations contractuelles, il survient donc après le moment du transfert du risque du prix, avec pour conséquences que le ven-

⁴¹³ Vu l'absence de faute du vendeur, l'acheteur n'a aucune action en dommages-intérêts (art. 103 al. 2 CO *in initio*).

⁴¹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss.

⁴¹⁵ Cf. *supra*, ch. 2.57a et 2.117 à 2.121. Voir également *infra*, IV.

deur est libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO) et que l'acheteur est tenu de payer le plein prix convenu au titre du transfert des risques (art. 119 al. 3 et 185 al. 2 CO)⁴¹⁶.

2.138e En tout état, la demeure non fautive du vendeur n'est pas une *circonstance particulière* au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* dont le juge pourrait déduire, selon son appréciation (art. 4 CCS), qu'elle justifie une dérogation à l'une ou l'autre des règles de l'art. 185 CO. Elle est un élément objectif qui, tant dans les ventes de corps certains que dans celles de choses de genre, diffère le moment du transfert du risque du prix jusqu'à ce que le vendeur ait offert au lieu d'exécution convenu le résultat de toutes les obligations contractuelles mises à sa charge en vue du transfert de la possession et de la propriété de la chose vendue⁴¹⁷.

ii. La demeure de créancier de l'acheteur⁴¹⁸

2.139 S'ils ne l'ont pas déjà été plus tôt selon les règles applicables au contrat de vente en question, les risques sont transférés à l'acheteur au plus tard lorsqu'il est en demeure de créancier, c'est-à-dire dès qu'il refuse sans motif légitime la prestation qui lui est régulièrement offerte par le vendeur ou qu'il refuse d'accomplir les actes préparatoires⁴¹⁹ qui lui incombent et sans lesquels le vendeur ne peut exécuter son obligation (art. 91 CO)⁴²⁰.

Ce principe conduit en réalité à opérer deux distinctions.

⁴¹⁶ Selon une opinion majoritaire (cf. *supra*, ch. 2.57a et les réf. citées), lorsque la vente porte sur un corps certain, le transfert des risques a lieu lors de la conclusion du contrat. Dans ce cas, un retard du vendeur dans l'accomplissement de l'un ou de l'autre de ses devoirs contractuels ne saurait donc avoir la moindre influence sur le moment du transfert des risques.

⁴¹⁷ Cf. dans un sens comparable l'art. 1138 al. 2 *in fine* CCFr.

⁴¹⁸ Sur la demeure du créancier en général, cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2492 ss et les réf. citées; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 241; BUCHER, A. T., pp. 319 ss; CORTESI, p. 123.

⁴¹⁹ Par exemple, désignation d'un transporteur, préparation du lieu de livraison ou d'un moyen de transport spécial etc.

⁴²⁰ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2497 à 2499; KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 36 à l'art. 185 CO; voir également VON TUHR/ESCHER, p. 74; BUCHER, A. T., pp. 324 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 242; BARTH, pp. 18 s. et STANISLAS, p. 66 qui déduisent cette solution de la règle de l'art. 376 al. 1 CO *in fine*, qu'ils appliquent par analogie au contrat de vente; SCHMUTZ, p. 57; voir également SCHÖNLE, n. 108-110 à l'art. 185 CO, qui n'aborde toutefois cette question qu'en rapport avec les ventes portables de choses de genre. Cf. aussi par. 324 al. 2 BGB.

2.140 On doit tout d'abord distinguer le refus par l'acheteur de la prestation offerte par le vendeur et le refus de l'acheteur d'accomplir des actes préparatoires.

Logiquement, le refus par l'acheteur de la marchandise qui lui est régulièrement offerte ne peut intervenir qu'au moment où la chose vendue lui est effectivement présentée en vue du transfert de possession et de propriété.

Dans les ventes avec dette quérable ou sujette à expédition, cela signifie qu'un tel refus n'intervient qu'après le moment normalement prévu pour le transfert des risques⁴²¹.

Dans les ventes avec dette portable, le risque du prix⁴²² passe à l'acheteur au moment auquel il prend livraison du corps certain ou de la chose de genre individualisée qui lui est offert au lieu d'exécution convenu, ou, s'il tarde ou refuse sans motif de le faire, au moment auquel son inaction constituera précisément une demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO⁴²³.

Dans cette mesure, le refus par l'acheteur de la prestation régulièrement offerte ne déroge en principe pas aux règles habituelles en matière de transfert des risques. En particulier, il n'accélère pas ce transfert.

2.141 La situation peut être différente si l'acheteur n'exécute pas à temps ou correctement les actes préparatoires⁴²⁴ qui lui incombent, en sorte que le vendeur est empêché d'apporter sa prestation. Quid si la marchandise est alors détériorée, détruite ou perdue fortuitement?

C'est ici qu'intervient la deuxième distinction qui doit être faite, entre corps certains et choses de genre.

2.142 Selon une doctrine majoritaire, si la vente porte sur un *corps certain*, l'acheteur en a les risques (de l'impossibilité et du prix) dès la conclusion du contrat⁴²⁵, quelle que puisse être la nature de la dette du vendeur (portable, quérable, sujette à expédition). Dans cette optique, le refus de l'acheteur après la conclusion du contrat d'exécuter l'un ou l'autre des actes préparatoires qui lui incombent ne modifie en rien – en particulier, n'accélère pas – le transfert des risques tel qu'il est réglé par la loi⁴²⁶.

⁴²¹ Cf. *infra*, ch. 4.65 ss, 4.82, 4.208 et 4.214.

⁴²² Et de la prestation, si la vente porte sur une chose de genre, cf. *infra*, ch. 4.229 ss, 4.239 ss.

⁴²³ Pour les détails de cette solution, cf. *infra*, ch. 4.229 ss, en particulier 4.239 et 4.247.

⁴²⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. II, n° 1487 ss; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2457 ss.

⁴²⁵ Cf. *supra*, ch. 2.119 *in initio*.

⁴²⁶ Cf. VON TUHR/ESCHER, p. 75, ch. 2 et GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2497.

Selon l'opinion soutenue ici⁴²⁷, le transfert des risques de la prestation et du prix n'a lieu au moment de la conclusion du contrat que dans les ventes de corps certains avec dette quérable du vendeur. Or, dans ces ventes, l'exécution du contrat par le vendeur ne dépend généralement d'aucun acte préparatoire de l'acheteur. La question de la portée d'un éventuel refus de l'acheteur d'accomplir un tel acte ne se pose ainsi pas.

En revanche, lorsque la dette du vendeur est *portable*, le risque du prix ne doit normalement passer à l'acheteur qu'au moment où il prend livraison de la marchandise que le vendeur a apportée au lieu d'exécution conventionnellement déplacé⁴²⁸. Or, si l'exécution par le vendeur de sa dette portable dépend de l'accomplissement par l'acheteur d'un acte préparatoire qui lui incombe et qu'il n'accomplit pas (ou n'accomplit pas à temps), empêchant par là le vendeur de s'exécuter (ou de s'exécuter à temps), il paraît équitable⁴²⁹, au vu de la circonstance particulière que constitue la demeure de créancier de l'acheteur, que le risque du prix⁴³⁰ soit transféré à ce dernier sans même attendre que le vendeur puisse enfin s'exécuter⁴³¹ et que les conditions habituelles du transfert du risque du prix soient remplies.

Le moment auquel ce transfert anticipé des risques devra avoir lieu doit être déterminé en tenant compte des particularités de chaque cas, notamment de la nature de l'acte préparatoire dû par l'acheteur. Ce moment ne sera pas nécessairement le moment à compter duquel l'acheteur est en demeure d'accomplir l'acte préparatoire qui lui incombe. En tout état, le principe de base paraît être que les risques doivent passer à l'acheteur en demeure au plus tard au dernier moment auquel le vendeur aurait normalement dû lui offrir la marchandise au lieu d'exécution convenu: si, par exemple, l'acheteur s'est en-

⁴²⁷ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss, 2.57A *in fine*, 2.119 s. et 2.121.

⁴²⁸ Cf. *infra*, ch. 4.244 ss, 4.246.

⁴²⁹ Dans la mesure où la demeure d'acceptation de l'acheteur constitue une *circonstance particulière* au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, le moment auquel, dans ces circonstances, le risque du prix est transféré à l'acheteur doit être fixé selon la directive de l'art. 4 CCS. SCHÖNLE, n. 110 à l'art. 185 CO, voit pour sa part (mais uniquement pour les dettes de choses de genre) le fondement juridique de ce transfert anticipé dans une règle de droit prétorien que le juge devrait établir conformément à l'art. 1 al. 2 CCS. Enfin, on peut également considérer que l'art. 2 CCS interdit à l'acheteur, qui tarde sans raison à accomplir un acte préparatoire nécessaire à l'exécution, de se prévaloir d'une inexécution, lorsque celle-ci est due à un cas fortuit qui n'aurait précisément pas atteint la prestation du vendeur si l'acheteur avait agi conformément au contrat. Cette dernière construction se rapproche de celle fondée sur l'art. 80 CV; cf. *infra*, ch. 2.244.

⁴³⁰ Le risque de l'impossibilité de la prestation du vendeur ayant pour sa part déjà été transféré à l'acheteur selon l'art. 119 al. 1 CO à la conclusion du contrat (cf. *supra*, ch. 2.55 ss).

⁴³¹ Ce qui, en fonction de la carence de l'acheteur, peut du reste fort bien ne jamais survenir.

gagé à communiquer sa nouvelle adresse au vendeur au plus tard une semaine avant la livraison contractuellement prévue pour le 15 janvier et qu'il ne le fait pas, laissant le vendeur dans l'impossibilité d'offrir la marchandise à temps et au bon endroit, les risques doivent en tout cas passer à l'acheteur au plus tard le 15 janvier, quand bien même la marchandise est encore à ce moment-là, en raison de la carence de l'acheteur, en mains du vendeur ailleurs qu'au domicile de l'acheteur.

Avec pour conséquence que, si la chose est alors fortuitement⁴³² détruite, détériorée ou perdue, l'acheteur devra le prix convenu.

Un raisonnement comparable peut être fait lorsque la dette du vendeur est *sujette à expédition*⁴³³. Si l'exécution par le vendeur de l'une ou l'autre de ses obligations en vue de l'expédition de la chose dépend d'un acte préparatoire qui incombe à l'acheteur (désignation du transporteur, affrètement d'un moyen de transport capable d'emporter en une fois toute la marchandise etc.) et que le vendeur est empêché d'aller de l'avant parce que l'acheteur n'accomplit pas cet acte, il paraît également équitable de transférer le risque du prix à ce dernier sans attendre que le vendeur puisse enfin poursuivre l'exécution du contrat et que le transfert du risque du prix puisse avoir normalement lieu au moment de la remise de la marchandise au transporteur.

Ici encore, le moment précis auquel un tel transfert anticipé intervient doit être déterminé en tenant compte des particularités de chaque cas, le principe de base étant que les risques doivent passer à l'acheteur en demeure au plus tard au dernier moment auquel le vendeur devait remettre l'intégralité de la marchandise au transporteur.

⁴³² A noter que si cette perte, destruction ou détérioration postérieure à la demeure de créancier de l'acheteur est due à une faute légère du vendeur ou de l'un de ses auxiliaires, le vendeur n'en est pas moins libéré de toute responsabilité et l'acheteur tenu de verser le plein prix convenu (art. 99 al. 2 CO et 44 al. 1 CO par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). Si la perte est due à une faute moyenne («mittelschwer») ou grave du vendeur (ou d'une personne dont il doit répondre selon l'art. 101 CO), le vendeur doit alors des dommages-intérêts (art. 97 ou 101 CO), qui peuvent le cas échéant être réduits par le juge en application des art. 99 al. 3 et 43 al. 1 CO. Cf. sur ce point l'exposé très complet de SCHÖNLE, n. 108 à l'art. 185 CO et les réf. citées; voir également STANISLAS, p. 66; BARTH, p. 19, suggère pour sa part de ne pas libérer le vendeur légèrement fautif mais de réduire les dommages-intérêts auxquels il peut être tenu. En tout état, en cas de perte, détérioration ou destruction par faute moyenne ou grave du vendeur, l'acheteur n'est plus tenu de payer le prix, malgré sa demeure de créancier. Il n'y a en effet pas de transfert des risques, puisque l'art. 119 al. 1 CO ne s'applique pas en raison de la faute reprochée au vendeur; les art. 119 al. 3 et 185 CO ne s'appliquent donc pas davantage.

⁴³³ Auquel cas le risque du prix ne passe en principe qu'au moment de la remise du corps certain au premier transporteur indépendant. Cf. *supra*, ch. 2.121 et *infra*, IV partie, ch. 4.82 ss.

2.143 Si la chose vendue n'est *déterminée que par son genre*, les risques de l'impossibilité et du prix ne sont en principe transférés à l'acheteur qu'à compter du moment où⁴³⁴:

- la marchandise dûment individualisée est mise à la disposition de l'acheteur au domicile ou à l'établissement du vendeur, si la dette est quérable⁴³⁵;
- la marchandise dûment individualisée est remise au transporteur au lieu contractuellement convenu, si la dette est sujette à expédition⁴³⁶;
- l'acheteur prend livraison au lieu d'exécution convenu, généralement à son domicile ou son établissement, d'une marchandise dûment individualisée, si la dette est portable⁴³⁷.

Si la participation de l'acheteur est nécessaire à l'*individualisation* de la marchandise et que l'acheteur refuse ou néglige son concours, il n'y a pas de transfert des risques⁴³⁸. L'individualisation est en effet une condition *sine qua non* du transfert des risques dans la vente de choses de genre⁴³⁹, destinée à protéger les acheteurs contre tout éventuel abus de la part de leur vendeur, qui pourrait être tenté, après la perte ou la détérioration fortuite d'une partie de son stock, de réclamer à l'un ou l'autre d'entre eux — le cas échéant au plus solvable —, au titre du transfert des risques, le paiement d'une marchandise qui n'était pas encore clairement destinée à l'exécution de son contrat. Il n'y a aucune raison d'admettre une exception à cette règle en cas de demeure de l'acheteur de prêter son concours à l'individualisation, car «*le droit de spécification doit alors passer au vendeur*»⁴⁴⁰. Cela étant, s'il n'y a pas dans un tel cas transfert des risques à l'acheteur, le fait que celui-ci a, par sa carence, empêché le vendeur de s'exécuter ou de s'exécuter à temps doit bien évidemment déchoir l'acheteur de tout droit de se prévaloir d'une éventuelle inexécution ou exécution tardive du contrat par le vendeur (art. 2 al. 2 CCS).

Si l'acheteur refuse ou néglige d'accomplir d'*autres actes préparatoires* qui lui incombent (par exemple désigner le transporteur ou affréter le moyen de transport), en sorte que le vendeur est empêché de s'exécuter, il

⁴³⁴ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss.

⁴³⁵ Cf. *infra*, ch. 4.199 ss, **4.208**.

⁴³⁶ Cf. *infra*, ch. 4.51 ss, **4.65** ss.

⁴³⁷ Cf. *infra*, ch. 4.229 ss, **4.239** ss.

⁴³⁸ Cf. dans le même sens GUHL/MERZ/KOLLER, pp. 242 ss. Avis différent chez VON TUHR/ESCHER, p. 75, ch. 2; WEBER, n. 20 à l'art. 92 CO, et les réf. citées.

⁴³⁹ Cf. art. 185 al. 2 CO et *infra*, ch. 4.52.

⁴⁴⁰ ATF 110 II 148 (fr.), JT 1985 I, p. 25 (rés.).

paraît juste⁴⁴¹ de faire passer à l'acheteur les risques de l'impossibilité et du prix sans attendre le moment auquel normalement, selon la nature de la vente (portable, quérable ou sujette à expédition), ces risques auraient dû lui être transférés⁴⁴².

3. *Correctif à la rigueur de l'art. 185 CO: la remise des valeurs de remplacement*

aa. Généralités

2.144 La remise des valeurs de remplacement est une question liée au risque de l'impossibilité frappant la prestation d'un débiteur⁴⁴³. Elle n'est donc pas propre à la vente, ni aux questions de transfert des risques.

Cela étant, dans la vente, cette remise des valeurs de remplacement peut être analysée comme un *correctif* à la rigueur de l'art. 185 CO, dans la mesure où elle permet à l'acheteur – qui doit payer le prix alors qu'il ne reçoit rien ou qu'une épave – de diminuer sa perte en obtenant du vendeur qu'il lui transfère les éventuelles valeurs qu'il reçoit de tiers en raison de l'événement qui a conduit à sa libération, ou qu'il lui cède les droits qu'il peut avoir contre ces tiers.

2.145 Dans la vente, la remise des valeurs de remplacement soulève le problème des *objections* que les tiers en question peuvent faire valoir, soit contre le vendeur, soit contre l'acheteur.

A titre d'exemple, la marchandise vendue par V. à A est détruite par la faute (par hypothèse extra-contractuelle) d'un tiers T. entre le moment du transfert des risques et la livraison à A.

V. est donc libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO); il peut en outre demander à l'acheteur le paiement du prix convenu (art. 119 al. 3 et 185 al. 1 CO).

A., qui ne peut se soustraire à son obligation de payer, peut alors demander à V., au titre de la remise des valeurs de remplacement, qu'il lui cède les droits qu'il a contre le tiers fautif en vertu de l'art. 41 CO. A. peut aussi exiger que le vendeur agisse personnellement contre T. et remette ensuite à l'acheteur les valeurs ainsi obtenues.

⁴⁴¹ Voir *supra*, ch. 2.142 les justifications juridiques de ce résultat.

⁴⁴² S'agissant du moment auquel ce transfert anticipé des risques doit avoir lieu, voir les principes de base exposés *supra*, ch. 2.142.

⁴⁴³ Cf. *supra*, ch. 2.67 ss.

bb. Objections possibles du tiers à l'égard du vendeur

2.146 Si le vendeur, sur la base de l'art. 41 CO, réclame directement du tiers la réparation du dommage qu'il subit en raison de la destruction de la marchandise dont il est encore propriétaire (art. 714 al. 1 CCS *a contrario*), le tiers lui opposera qu'il ne subit aucun préjudice puisque, selon l'art. 185 al. 1 CO et malgré la perte de la chose, V. obtiendra la contre-valeur de sa celle-ci sous forme de prix de vente⁴⁴⁴. Son patrimoine n'étant ainsi nullement diminué, la première condition nécessaire à la mise en œuvre de toute norme de responsabilité, le dommage du demandeur, ferait ici défaut.

V. n'ayant ainsi aucun droit contre T., il ne pourrait pas céder à A. des droits que lui-même n'a pas (art. 164 CO *a contrario*): *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

En outre, la présence d'un éventuel dommage dans le patrimoine de A. ne changerait rien à cette absence définitive de contenu de l'action de V. contre T.; en effet, si une «*action en dommages-intérêts (...) est privée de contenu, ce manque ne saurait être suppléé par l'adjonction de l'intérêt d'(un) tiers, même si cette action, qui prend la place de la prestation rendue impossible, est cédée à celui-ci*»⁴⁴⁵.

cc. Action de l'acheteur contre le tiers et objections de celui-ci

2.147 Peut-on envisager que l'acheteur agisse lui-même directement contre le tiers en réparation du dommage économique qu'il subit du fait qu'il doit payer le prix d'une marchandise détruite?

En doctrine classique, aucune base légale ne régirait une telle action de A. contre T. La seule norme envisageable, l'art. 41 CO, devrait être écartée ici, en l'absence de tout acte illicite de T. à l'égard de A. En effet, le fait que A. subisse un désavantage économique du fait de l'acte de T. ne suffit pas encore à rendre cet acte *illicite*. Pour cela, il faudrait encore que cet acte viole une norme juridique objective et générale, de caractère impératif ou prohibitif, destinée à protéger l'acheteur, ou qu'il lèse un droit subjectif absolu de celui-ci⁴⁴⁶. Or, l'intérêt de A. à obtenir la délivrance de la marchandise vendue n'est qu'une créance, c'est-à-dire un droit relatif. Ainsi, n'en étant pas encore propriétaire, A. n'est titulaire d'aucun droit subjectif absolu sur la

⁴⁴⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2687; VON TUHR/PETER, pp. 119 s.; POROY, p. 60

⁴⁴⁵ Cf. TANDOGAN, p. 308.

⁴⁴⁶ Cf. YUNG, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in *Etudes et articles*, p. 308.

chose, qui lui permette, en cas d'atteinte à celle-ci, de se plaindre d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

Si, en rupture avec la doctrine classique, on s'aligne sur les auteurs qui admettent, avec des arguments au demeurant convaincants, que l'atteinte à la créance d'autrui peut constituer un acte illicite⁴⁴⁷, A. peut alors être titulaire d'un droit personnel et direct contre T. en réparation du préjudice que celui-ci lui cause en empêchant par son fait fautif la délivrance de la marchandise⁴⁴⁸.

dd. Vue d'ensemble et essai d'élimination des objections

2.148 Si au moment de sa perte, destruction ou détérioration par le tiers, la marchandise n'avait pas déjà été vendue, celui-ci aurait dû intégralement dédommager le propriétaire effectivement lésé, toutes les conditions des art. 41 al. 1 CO étant réalisées. Il en irait de même si une vente avait été conclue mais que les parties aient dérogé aux règles sur le transfert des risques.

Ainsi, en raison des rapports contractuels entre le vendeur et l'acheteur fondant l'obligation de ce dernier de payer le prix malgré la destruction de la chose, le tiers pourrait être libéré de la responsabilité qu'il encourrait normalement en raison de son acte fautif contraire au droit⁴⁴⁹, en opposant au vendeur l'absence de dommage et à l'acheteur, qui subit effectivement les conséquences économiques de la perte de la chose, l'absence d'acte illicite⁴⁵⁰.

Cette solution est clairement insatisfaisante; *«il ne semble pas normal que l'existence de ces rapports suffise à dégager l'auteur de toute responsabilité. Le dommage est né par sa faute (...) et il est normal qu'il en subisse les conséquences»*⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ PETITPIERRE, Les fondements de la RC, pp. 278 s. Voir également YUNG, Principes fondamentaux, in Etudes et articles, p. 421, ainsi que Devoirs généraux et obligations, in Etudes et articles, pp. 118 s. Cf. *supra*, ch. 2.76.

⁴⁴⁸ En bonne logique, un pareil droit personnel et direct devrait être reconnu à l'acheteur, non seulement contre le tiers responsable aquilien de la perte ou de la détérioration de la chose vendue, mais également contre tout partenaire contractuel du vendeur (transporteur, entrepositaire, p. ex.) qui, dans le cadre de l'exécution de son contrat, causerait par sa faute la perte, la destruction ou la détérioration de la marchandise destinée à l'acheteur et porterait par là atteinte à la créance de celui-ci en délivrance de la chose. Voir à ce propos YUNG, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in Etudes et articles, pp. 317 s.

⁴⁴⁹ Cf. aussi THORENS, pp. 102-104; ENGEL, pp. 21 s.

⁴⁵⁰ Cf. également TANDOGAN, p. 311. A noter que si le «tiers» recherché par l'acheteur est le transporteur de la marchandise, celui-ci opposera à la réclamation de l'acheteur tant l'absence d'acte illicite que celle de lien contractuel (cf. également GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2687 et les réf. citées.

⁴⁵¹ Cf. THORENS, p. 102.

2.149 L'équité commande donc de trouver une solution.

Malgré son obligation d'en transférer la possession et la propriété (art. 184 al. 1 CO), le vendeur demeure propriétaire de cette chose vendue non encore livrée (art. 714 al. 1 CCS *a contrario*) jusqu'à sa tradition. A ce titre, elle figure encore dans ses actifs. Or, la disparition partielle ou totale de cette chose du patrimoine du vendeur, sans la volonté de celui-ci, constitue un dommage⁴⁵², dont il peut demander la réparation à l'auteur si les autres conditions d'une norme de responsabilité sont remplies.

Ce résultat est invariable, que la chose touchée ensuite de l'acte du tiers soit déjà vendue ou non. Notamment, si elle est déjà vendue, les rapports du vendeur et de l'acheteur, dont découle éventuellement l'obligation de l'acheteur de payer le prix au titre de l'art. 185 CO, sont à l'égard du tiers responsable une *res inter alios acta*⁴⁵³.

2.150 Le tiers responsable ne doit donc pas être mieux placé du fait de l'existence, entre le vendeur et l'acheteur, de rapports qui lui sont totalement étrangers qu'il ne l'eût été en l'absence de tels rapports. Il ne peut donc notamment pas opposer au vendeur le fait que celui-ci ne subit aucun préjudice en raison du paiement du prix par l'acheteur au titre du transfert des risques. En effet, cette obligation de l'acheteur résulte du seul contrat avec le vendeur; le caractère purement relatif de ce devoir de l'acheteur et de la convention à sa base empêche tout tiers d'en déduire le moindre avantage ou d'en invoquer les termes⁴⁵⁴.

2.151 En outre, l'absence de dommage ne serait opposable au vendeur que si le prix qu'il reçoit par ailleurs de l'acheteur au titre du transfert des risques constituait à proprement parler un dédommagement, c'est-à-dire une prestation destinée et apte à replacer le vendeur dans la situation qui serait la sienne si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁴⁵⁵.

En principe, une prestation pécuniaire n'est qualifiée de dédommagement que si son débiteur est responsable d'un préjudice subi par l'ayant droit, c'est-à-dire d'une diminution du patrimoine de ce dernier. Ensuite, conformé-

⁴⁵² Cf. ATF 104 II 198, JT 1979 I pp. 80 ss, **82**. Avis apparemment contraire chez GAUCH/SCHLUEP, à la lumière de l'exemple donné t. II, n° 2687.

⁴⁵³ Cf. POROY, p. 60.

⁴⁵⁴ Cf. ENGEL, pp. 18 s. et art. 1165 CCFr. Cf. également SCHÖNLE, n. 50 *in fine* à l'art. 185 CO.

⁴⁵⁵ Cf. DESCHENAUX/TERCIER, p. 216, ch. 2.

ment au principe de non-enrichissement du lésé⁴⁵⁶, le montant du dédommagement ne saurait excéder celui du dommage effectivement subi.

Or, le paiement du prix par l'acheteur en raison de l'art. 185 CO ne répond à aucun de ces deux critères et ne peut dès lors être considéré comme un dédommagement du vendeur excluant toute prétention ultérieure contre le tiers responsable.

En effet, le prix que l'acheteur s'engage contractuellement à verser est dû *afin que et à la condition que* le vendeur lui livre la chose vendue et lui en transfère la propriété (art. 184 al. 1, 82 et 213 al. 1 CO). On l'a vu, l'art. 185 CO déroge à ce principe, en maintenant l'obligation de l'acheteur malgré la non-exécution des obligations du vendeur. *Cela étant, l'art. 185 CO ne change rien au fait que la prestation de l'acheteur est exclusivement destinée à honorer son obligation contractuelle originelle, convenue et due indépendamment de tout dommage du vendeur.* Ainsi, le prix que l'acheteur doit payer selon les art. 184 al. 1, 82, 213 et 185 CO n'est pas dû parce que l'acheteur est responsable d'un préjudice subi par le vendeur.

Ensuite, le montant dû par l'acheteur étant habituellement supérieur à la valeur de la chose vendue, le prix payé selon les art. 184 et 185 CO entraînera le plus souvent un enrichissement — parfaitement licite — du vendeur, ce qui empêche également qu'un tel versement puisse être considéré comme un dédommagement.

2.152 Les explications qui précèdent valent en tant que principes généraux, dès lors également applicables *mutatis mutandis* aux objections d'autres tiers (par exemple assureur, transporteur) tenus contractuellement de répondre du dommage causé à la marchandise vendue⁴⁵⁷.

A l'instar du tiers responsable, aucun d'eux ne peut opposer à la demande de dédommagement du vendeur (fondée sur le contrat d'assurance ou le contrat de transport) le fait que le vendeur ne subit aucun préjudice en raison du paiement du prix par l'acheteur sur la base de l'art. 185 CO. Le fait que l'acheteur, par l'effet du contrat, voire de la loi, ait l'obligation de payer au vendeur le prix de la chose détruite, détériorée ou perdue n'est en effet en aucune façon destiné à libérer les tiers responsables de leurs obligations de dédommagement⁴⁵⁸. On notera à ce propos que l'acheteur tenu de

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 216, ch. 3 et p. 242, ch. 2.

⁴⁵⁷ Cf. SCHÖNLE, n. 47 ss à l'art. 185 CO.

⁴⁵⁸ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 47 et 50 à l'art. 185 CO, qui souligne notamment (n. 50 *in fine*) qu'il ne peut y avoir ainsi de *compensatio lucri cum damno* dans ce cas.

payer le prix selon l'art. 185 CO, dans la mesure où il ne répond pas d'un dommage⁴⁵⁹, n'est pas en rapport de solidarité imparfaite au sens de l'art. 51 al. 1 CO avec les autres personnes (tiers fautif, assureur, transporteur) auxquelles le vendeur peut réclamer la réparation du préjudice qui résulte de la perte ou de la détérioration de sa marchandise.

2.153 Les réflexions ci-dessus démontrent ainsi:

- que le dommage que subit le vendeur en sa qualité de propriétaire lorsque la chose vendue est perdue, détruite ou détériorée avant sa livraison n'est pas censé être éliminé par le paiement qu'effectue l'acheteur au titre du transfert des risques;
- que ce paiement du prix par l'acheteur selon l'art. 185 CO ne peut donc être opposé à une réclamation du vendeur en dommages-intérêts⁴⁶⁰ contre un tiers responsable contractuel ou extra-contractuel ou contre un assureur;
- que rien ne s'oppose à ce que les éventuels succédanés qui sont remis au vendeur en lieu et place de la chose détruite ou détériorée soient cédés à l'acheteur conformément aux règles légales ou coutumières déjà exposées;
- que rien ne s'oppose non plus à ce que la créance du vendeur contre tout tiers tenu d'intervenir suite à la perte, destruction ou détérioration de la chose vendue soit cédée à l'acheteur conformément aux mêmes règles;

⁴⁵⁹ Cf. *supra*, ch. 2.150 *in fine*.

⁴⁶⁰ S'agissant du montant que le vendeur peut réclamer, il est en principe limité au dommage causé (de façon adéquate) au seul vendeur (cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2686 et les renvois). Une partie de la doctrine suisse admet néanmoins à raison, à la suite du reste de la jurisprudence et de la doctrine allemandes, que dans les cas de représentation indirecte, le «représentant» peut réclamer à son cocontractant, outre la réparation de son propre préjudice, également la couverture du dommage subi par le «représenté» («Drittschadensliquidation», cf. BECKER, n. 46 ss à l'art. 97 CO; VON TUHR/ESCHER, pp. 110 ss, **111** *in fine*, et p. 132, litt. c *in fine* et les réf. citées; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2690 et les réf.). Ainsi, lorsque, dans une vente sujette à expédition, le vendeur conclut un contrat de transport en son nom mais pour le compte et dans l'intérêt de l'acheteur, ce rapport de représentation indirecte pourrait autoriser le vendeur à réclamer directement au transporteur, en sus de son propre préjudice, la réparation du dommage subi par l'acheteur. Cf. à ce propos SCHÖNLE, n. 51 s. à l'art. 185 CO et les réf. citées, qui admet également que le vendeur invoque la «Drittschadensliquidation» dans sa réclamation au tiers responsable (extracontractuellement) de la destruction de la chose. Condamnation générale de la Drittschadensliquidation par PIOTET, «Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)», Berne, 1994.

- enfin, qu'il ne serait nullement exclu que l'acheteur qui ne reçoit pas la marchandise en raison de la faute d'un tiers puisse réclamer directement à ce dernier la réparation de son dommage.

Chapitre 2

Dans la Convention de Vienne des Nations-Unies

2.154 La question du transfert des risques est réglée aux art. 66 à 70 de la Convention de Vienne (CV) et y est abordée en trois volets: une définition générale des conditions et effets du transfert des risques (art. 66 CV), puis trois normes particulières (art. 67 à 69 CV) fixant le moment auquel les risques passent à l'acheteur en fonction des particularités du contrat de vente, enfin une réglementation des rapports entre les règles sur le transfert des risques et celles sur la contravention au contrat (art. 70 CV)¹.

Section A.

Le principe général du transfert des risques – L'art. 66 CV

a. Généralités – sens et portée des risques transférés à l'acheteur par l'art. 66 CV

2.155 Selon l'art. 66 CV, «*la perte ou la détérioration des marchandises après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur*».

Ainsi, à l'image de ce que l'art. 185 CO prévoit implicitement, l'art. 66 CV règle en tout cas **expressément** la question du *risque du prix*², c'est-à-dire le risque pour l'acheteur de devoir payer le plein prix de vente convenu bien que la marchandise soit perdue ou détériorée.

¹ Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 1 des remarques préliminaires aux art. 66 à 70 CV.

² Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 1 des remarques préliminaires aux art. 66 à 70 CV, et n. 1 et 4 à l'art. 66 CV. Le même, *in* Mélanges Tandogan, p. 264; voir également HERBER/CZERWENKA, n. 1 des remarques préliminaires à l'art. 66 CV et n. 2 à l'art. 66 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1.1 à l'art. 66 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 78; HUBER, *Rabels Zeitschrift*, 1979, p. 453; HAGER, n. 2 à l'art. 66 CV; NICHOLAS, ch. 2.2 à l'art. 66 CV; LICHTSTEINER, p. 258; RUDOLPH, n. 6 et 7 à l'art. 66 CV; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC p. 195, et les réf. citées n. 9 en bas de page; BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 207; Message, p. 65; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 66 CV et les réf. citées; POSCH, p. 165; REINHART, n. 1 à l'art. 66 CV; LOEWE, p. 84, *ad* art. 66 CV; ZIEGLER U. p. 87; IMBERG, pp. 46 s., et les réf. citées n. 233 en bas de page; ZENG, p. 85.

La systématique des art. 66 CV ss révèle donc que les art. 67 à 69 CV traitent en tout cas du transfert du risque du prix, en en fixant explicitement le moment³.

2.156 Ce faisant, de façon *implicite*, l'art. 66 CV présuppose nécessairement que le *risque de la prestation du vendeur* — c'est-à-dire le risque pour l'acheteur de ne pas recevoir la prestation du vendeur ou de ne la recevoir qu'imparfaitement, *sans disposer de ce chef de moyens contre le vendeur*⁴ — soit également transféré à l'acheteur au plus tard au moment déterminé par les art. 67 à 69 CV⁵.

En effet, si l'acheteur dispose de tels moyens contre le vendeur en raison de la perte ou de la détérioration de la marchandise, il ne supporte pas encore *le risque de devoir payer le prix pour ne rien recevoir ou pour ne recevoir qu'une chose imparfaite*. Au contraire, les moyens dont il dispose contre le vendeur lui permettent le cas échéant de retenir le paiement du prix aux conditions des art. 58⁶ et/ou 71 al. 1 et 3 CV jusqu'à ce qu'il reçoive ce qui lui est dû, voire de résoudre la vente et de refuser définitivement tout paiement.

Pour que l'acheteur ait le risque du prix au sens de l'art. 66 CV, il faut donc, d'une part, que l'obligation du vendeur soit totalement ou partiellement inexécutée et, d'autre part, que le vendeur soit définitivement libéré de toute prestation.

La première exigence résulte expressément de l'art. 66 CV lui-même, qui parle à ce propos de *perte ou détérioration des marchandises*⁷. La seconde, en revanche, n'est qu'implicitement prévue par l'art. 66 CV; ainsi qu'on vient de le voir ci-dessus, elle découle avant tout de la logique: tant que le vendeur n'est pas libéré, le paiement du prix n'est pas un risque de l'acheteur mais une dette contractuelle en rapport d'échange avec une autre, ce qui im-

³ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 1 *in fine* et 2 *in fine* des remarques préliminaires aux art. 66-70 CV.

⁴ Actions contre le vendeur en dommages-intérêts, en exécution, en réparation, en livraison de marchandises de remplacement etc.

⁵ Cf. dans un sens analogue HUBER, n. 33 et 65 ss à l'art. 31 CV. Pour la détermination du moment auquel le risque de la prestation du vendeur est transféré à l'acheteur, cf. *infra*, ch. 2.201 ss.

⁶ L'art. 58 CV consacre dans cette mesure l'*exceptio non adimpleti contractus*, à l'image de l'art. 82 CO. Voir à ce propos STOLL, n. 56 à l'art. 79 CV; HAGER, n. 2 et 13 à l'art. 58 CV; HUBER, n. 36 à l'art. 45 CV; SCHÖNLE, in HONSELL, n. 5 à l'art. 66 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 74; Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, in Documents Officiels, p. 50, ch. 1 à 3 du commentaire à l'art. 54 du projet (art. 58 actuel).

⁷ Cf. à ce propos ci-après, ch. 2.159 ss.

plique notamment qu'il peut être retenu jusqu'à exécution de la prestation due par le vendeur.

Ainsi, tout comme en droit suisse⁸, la libération du vendeur — en d'autres termes le transfert à l'acheteur du risque attaché à la prestation du vendeur — est une condition *sine qua non* du transfert à l'acheteur du risque du prix⁹.

Cela étant, de façon également comparable à ce qui vaut en droit suisse, ce n'est pas l'art. 66 CV en tant que norme générale en matière de transfert des risques qui opère cette libération du vendeur, ni qui en règle les modalités: dans la Convention de Vienne, ces questions sont essentiellement traitées par l'art. 45 al. 1 CV *a contrario*, à la lumière de la systématique et de la *ratio legis* des art. 35, 36 al. 1 et 2, 66 et 79 CV¹⁰.

2.157 Enfin, selon l'art. 4, litt. b CV, la Convention de Vienne ne concerne pas «*les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues*».

Cela a pour conséquence que la Convention de Vienne et, en particulier, ses dispositions consacrées au transfert des risques ne définissent pas qui, du vendeur ou de l'acheteur, doit supporter le *risque de la chose*, c'est-à-dire le risque de destruction ou de détérioration de l'objet du contrat («*Sachgefahr*»), qui est toujours à la charge du propriétaire¹¹ de la marchandise touchée conformément à l'adage «*res perit suo domino*»¹².

Ce qui précède implique donc que les art. 66 ss CV règlent le transfert du risque du prix à l'acheteur indépendamment de toute considération tenant à la propriété des marchandises au moment de leur «*perte ou détérioration*»¹³.

b. Conditions posées par l'art. 66 CV

2.158 Pour que la question du transfert des risques à l'acheteur puisse se poser, il faut, selon l'art. 66 CV:

⁸ Cf. *supra*, ch. 2.7 et les réf. citées.

⁹ Cf. également SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 264 *in fine*.

¹⁰ Voir *infra*, ch. 2.201 ss. Cf. dans un sens analogue la doctrine majoritaire citée par IMBERG, pp. 46 s., litt. a. En droit suisse, ce n'est pas l'art. 185 CO qui règle cela mais l'art. 119 al. 1 CO en rapport le cas échéant avec d'autres normes appliquées *a contrario* (art. 97, 102 ss et 197 ss CO). Cf. *supra*, ch. 2.6 et SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 264.

¹¹ Désigné par les règles du droit applicable en vertu des principes de droit international privé.

¹² Cf. SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 264.

¹³ Cf. LINDACHER, p. 168 et les réf. citées; POSCH, p. 165.

- une perte ou une détérioration de la chose vendue (*infra*, 1);
- survenant après le moment du transfert des risques (*infra*, 2);
- non imputables à un fait du vendeur (*infra*, 3).

1. Perte ou détérioration de la marchandise

aa. Généralités — portée large du terme «perte»

2.159 On l'a vu¹⁴, l'art. 185 CO ne définit pas lui-même l'événement à l'origine du risque transféré à l'acheteur. C'est l'alignement nécessaire de l'art. 185 CO sur l'art. 119 CO qui permet de cerner l'ensemble, du reste partiellement controversé, des cas qui peuvent entraîner un transfert à l'acheteur du risque du prix¹⁵.

Dans la Convention de Vienne, en l'absence d'une norme équivalente à l'art. 119 CO, c'est l'art. 66 CV lui-même qui définit les cas dans lesquels l'acheteur doit supporter le risque du prix: une perte ou une détérioration de la marchandise (loss of or damage to the goods).

2.160 Selon une majorité d'auteurs, dont plusieurs participaient à la Conférence diplomatique d'avril 1980, la «*perte ou la détérioration*» visent d'une manière générale tous les événements qui peuvent conduire à une disparition, une altération, une diminution de la marchandise, au nombre desquels le vol, la perte etc.: «*this article is concerned with all casualties to the goods*»¹⁶.

D'un avis contraire — confirmé selon lui par le texte allemand du projet d'arrêté du Conseil fédéral sur la ratification de la Convention de Vienne, qui

¹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.6.

¹⁵ Cf. *supra*, ch. 2.103 ss.

¹⁶ NICHOLAS (membre de la délégation britannique à la Conférence diplomatique), n. 1.2 à l'art. 66 CV, pp. 483 s. et les réf. citées. Cf. également SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 124, ch. 223; HONNOLD (membre de la délégation américaine à la Conférence diplomatique), *in Documentary History*, p. 234; le même, *in GALSTON/SMIT*, par. 8.01, et *in HORN/SCHMITTHOFF*, p. 162, qui inclut d'emblée et sans autres précisions le cas du vol au nombre des événements dont l'acheteur doit assumer les risques; voir également GEIST, p. 350; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 66 CV et les réf. citées; BIANCA, n. 2.2 à l'art. 36 CV; HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV; le même, *in SCHLECHTRIEM Commentary*, n. 3 à l'art. 66 CV; IMBERG, p. 96; CAFFARENA LAPORTA, p. 516; RUDOLPH, n. 9 à l'art. 66 CV; BERNSTEIN/LOOFOFSKY/, p. 73; STOCKS, p. 1416; ZENG, p. 87; ROTH, p. 291; XUEREF, p. 135 *in fine*; ENDERLEIN (membre du Secrétariat de la Conférence)/MASKOW (délégation est-allemande)/STARGARDT, p. 134, remarques préliminaires au commentaire des art. 66 CV ss; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 2 à l'art. 66 CV; PILTZ, p. 152, ch. 186; le même, *UN-Kaufrecht*, p. 54, ch. 208; HEUZÉ, p. 274, n. 294 en bas de page.

traduit le terme perte par «Untergang» et non par «Verlust» — SCHÖNLE déduit d'une interprétation de l'art. 66 CV selon l'art. 7 CV que la «perte» des marchandises «ne vise que la perte de substance, la déperdition ou la destruction, et non le cas où le vendeur a égaré la marchandise ou en a été dépossédé par vol»¹⁷.

Pour sa part, la notion de *détérioration* ne pose pas de problème: ce terme vise clairement toute altération des qualités physiques de la marchandise¹⁸.

2.161 La traduction allemande de la Convention par le Conseil fédéral ne devrait pas être décisive. En effet, cette version helvétique s'aligne selon toute vraisemblance sur la traduction allemande¹⁹ de la Convention qui parle également de «Untergang» et non de «Verlust». Or, malgré ces termes, la doctrine allemande confirme que l'art. 66 CV vise en principe toute perte au sens large, notamment celle résultant d'un vol²⁰.

2.162 Quant à l'interprétation de l'art. 66 CV selon l'art. 7 CV, elle ne paraît pas davantage permettre une approche plus restrictive de la notion de «perte».

En effet, l'interprétation de la Convention de Vienne selon son caractère international et la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application (art. 7 al. 1 CV) commandent notamment de rechercher la portée d'une disposition ou d'un terme, non en fonction du sens qu'ils auraient ou pourraient avoir à la lumière d'un ou plusieurs droits nationaux, mais en considération de leur origine internationale²¹.

Il convient donc de se référer, en particulier, aux tendances qui se sont dessinées dans les avant-projets, à l'occasion des prises de positions gouvernementales et au cours des débats de la Conférence diplomatique. En outre, les usages²² et les notions propres à la vente internationale, tels qu'ils se sont

¹⁷ Cf. SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 267 et les réf. citées. Avis légèrement plus nuancé de SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 18 *in fine* à l'art. 66 CV.

¹⁸ Cf. SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 20 à l'art. 66 CV.

¹⁹ A noter du reste que le texte allemand n'est pas une des versions officielles de la Convention, en sorte que la signification des termes auxquels elle recourt ne devrait pas constituer un moyen d'interpréter la Convention (cf. HERBER, n. 21 à l'art. 7 CV).

²⁰ Cf. HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV et les réf. citées; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, p. 134, remarques préliminaires au commentaire des art. 66 CV ss.

²¹ Cf. notamment HERBER, n. 11 ss à l'art. 7 CV et les réf. citées; HONNOLD, n. 86 ss à l'art. 7 CV.

²² Cf. à ce propos l'art. 9 al. 2 CV, qui indique bien que la Convention n'entend pas s'écarter des usages et de la pratique du commerce international.

développés à l'occasion d'autres tentatives de codification ou tels qu'ils apparaissent dans des termes commerciaux standards, constituent également des références importantes en vue d'une interprétation uniforme de la Convention, conforme à sa vocation d'instrument international.

2.163 Or, si, pendant la Conférence diplomatique d'avril 1980, les représentants nationaux et les différentes Commissions n'ont que très brièvement évoqué la définition des événements à l'origine du transfert des risques²³, la Convention de la Haye de 1964 (LUVI) et ses avant-projets, qui constituent la base de travail du premier projet de la CNUDCI et sont assurément à ce titre le reflet d'un certain caractère international uniforme, contiennent pour leur part d'intéressants éléments de définition et de réponse sur ce point et sont dès lors des moyens d'interprétation conformes à la directive de l'art. 7 al. 1 CV²⁴.

2.164 Dans l'art. 96 LUVI, les événements susceptibles d'opérer un transfert à l'acheteur du risque du prix sont la perte ou la détérioration de la chose vendue (*loss or deterioration*)²⁵, c'est-à-dire des événements sensiblement comparables à ceux retenus par l'art. 66 CV²⁶.

Il résulte des documents de la Conférence de La Haye et des commentaires que ces termes ne doivent pas être compris dans le sens étroit d'une seule altération physique de la chose vendue. Ils visent en tout cas la disparition au sens large, c'est-à-dire à tout le moins les hypothèses de la perte et du vol²⁷.

2.165 Les termes retenus dans les avant-projets de la LUVI confirment également cette opinion. Dans les textes de 1956 et 1963, on trouve à l'art. 108

²³ Cf. HAGER, n. 3 *in initio* à l'art. 66 CV.

²⁴ Cf. HONNOLD, n. 88 à l'art. 7 CV.

²⁵ Dans la LUVI, les textes anglais et français sont seuls à faire foi (art. XIII de la Convention portant loi uniforme).

²⁶ L'art. 66 CV, en parlant de «damage» et non plus de «deterioration», recourt même, semble-t-il, à une notion plus large que l'art. 96 LUVI. NICHOLAS (n. 1.2 à l'art. 66 CV, p. 483 s. et les réf. citées) voit dans cette évolution une confirmation de la volonté d'appliquer largement les règles sur le transfert des risques à tout événement pouvant entraîner une disparition de la marchandise. Selon lui, la «deterioration» de l'art. 96 LUVI se référerait encore trop à un «natural spoilage or evaporation» et risquait dès lors de conduire à une application trop restrictive des règles sur le transfert des risques. D'où la formulation actuelle de l'art. 66 CV.

²⁷ Cf. MERTENS/REHBINDER, n. 5 à l'art. 96 LUVI, NEUMAYER, *in* DÖLLE, n. 2 à l'art. 96 LUVI, et STÖTTER, n. 5 à l'art. 96 LUVI, qui incluent les actes d'autorités, embargos, grèves qui interrompent le transport, etc.; VATHIS, pp. 73 s., 74; ROTH, p. 291.

que l'acheteur est tenu de payer le prix nonobstant *la perte ou toute modification de la valeur survenant à la chose*²⁸.

Ce que vise cette expression est encore précisé dans le rapport de la Commission spéciale de 1956: «il [le problème des risques] se posera toutes les fois que la chose vendue disparaît ou change de valeur pendant que se développent les opérations de la vente»²⁹.

2.166 L'idée d'une notion large de *perte* se retrouve également à l'art. 103 d'un premier projet de loi uniforme sur la vente, établi en 1935 sous l'égide de RABEL: «le risque...incombe à l'acheteur qui, par conséquent, nonobstant la perte, la détérioration ou tout autre diminution de valeur de la chose, est tenu de payer le prix»³⁰.

Dans son commentaire, RABEL précise que la perte (*Verlust*) visée par cette disposition inclut le *vol* par des tiers³¹. En outre, la saisie des marchandises en cas de conflit serait très généralement considérée comme un cas de perte, alors que la qualification des autres saisies et restrictions étatiques serait controversée³².

2.167 Enfin, les termes retenus dans les INCOTERMS dans leurs versions de 1980 ou 1990 – *perte ou dommage des marchandises, loss of or damage to the goods, Verlust oder Beschädigung der Ware* – conduisent également à une définition large³³ des événements – matériels ou juridiques³⁴ – susceptibles d'entraîner un transfert des risques à l'acheteur, même si l'altération physique de la marchandise après le moment du transfert des risques constitue de toute évidence l'hypothèse principale.

²⁸ Cf. Documents de la Conférence de la Haye (tome II), pp. 25 et 230.

²⁹ Cf. Documents de la Conférence de la Haye (tome II), p. 76. A noter que la référence à la modification de la valeur de la chose a été supprimée à la demande de la délégation bulgare et remplacée par la simple «détérioration», au motif que ces termes étaient trop vagues (cf. Documents de la Conférence de la Haye (tome II), p. 367). En réalité, ces termes peuvent même être trompeurs, puisqu'une modification de la valeur de la chose soulève davantage une question d'exorbitance de la prestation du vendeur, ce qui est en principe étranger à la problématique du transfert des risques (cf. à ce propos *infra*, ch. 2.215 s.).

³⁰ Cf. Rabels Zeitschrift, 1935, p. 39.

³¹ Cf. Rabels Zeitschrift, 1935, p. 357.

³² Cf. Rabels Zeitschrift, 1935, p. 357; à noter encore que RABEL est d'avis que les interdictions d'importer doivent être comptées au nombre des cas de perte. Sur toute cette question, voir *infra*, ch. 2.169 ss.

³³ Voir THIEFFRY/GRANIER, pp. 110 ss; EISEMANN, p. 30; KAHN, p. 219 ss.

³⁴ Cf. EISEMANN, p. 30 et KAHN, p. 219.

2.168 Les éléments qui précèdent révèlent donc une tendance et une volonté générales dans la théorie et la pratique de la vente internationale de considérer que l'événement à l'origine du transfert des risques consiste en tout cas dans la disparition lato sensu de la marchandise, sa destruction ou sa détérioration.

Cela correspond au sens clair qui découle directement, sans même qu'il soit nécessaire de recourir à l'interprétation, des termes «*perte ou détérioration*» tels qu'ils sont employés à l'art. 66 CV. Cela étant, à supposer que le terme «*perte*» à l'art. 66 CV doive être interprété, l'exposé qui précède démontre qu'une analyse conforme à la directive de l'art. 7 CV commanderait également de lui donner le sens large qui vient d'être défini ci-dessus.

bb. *Quid* des interventions de l'autorité publique?

2.169 L'acheteur supporte-t-il le risque du prix lorsqu'il ne reçoit pas la marchandise vendue en raison d'une intervention des autorités publiques postérieure à la conclusion du contrat?

Ni la Convention de Vienne, ni celle de La Haye, ni les débats des deux Conférences diplomatiques n'ont évoqué ce cas, pourtant indissociable³⁵ de la question du transfert des risques dans la vente internationale.

2.170 Selon HAGER, les règles de la CV ne viseraient pas les «faits du prince», tels que saisie ou blocage de la marchandise, embargo et autres interdictions d'exporter ou d'importer³⁶.

A son avis, les saisies visent le seul propriétaire de la chose que les autorités veulent bloquer. Elles doivent dès lors n'intervenir qu'aux risques de celui-ci. HAGER réserve une exception en faveur des saisies opérées par un Etat ennemi en cas de conflit armé, qui, dans la mesure où elles peuvent être assimilées à une disparition physique de la marchandise, peuvent constituer un risque au sens de l'art. 66 CV³⁷.

³⁵ Voir notamment KAHN, p. 219, DERAIS, p. 129, ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 2 à l'art. 66 CV et AUDIT, p. 86, qui évoquent tous au nombre des risques auxquels une marchandise est exposée dans une vente à distance les actes politiques tels qu'embargo, réquisition, saisie etc.

³⁶ Cf. HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV et les réf. citées; le même, *in* SCHLECHTRIEM Commentary, n. 3 à l'art. 66 CV; PILTZ, p. 152, ch. 186 *in fine*; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 124, ch. 223; ZENG, pp. 88 s. Avis divergent chez CAFFARENA LAPORTA, p. 516; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 2 à l'art. 66 CV; RUDOLPH, n. 9 à l'art. 66 CV.

³⁷ Cf. HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV et les réf. citées n. 8 et 9 en bas de page. Même exception retenue par ZENG, p. 89.

L'idée de HAGER n'est pas nouvelle, puisque RABEL lui-même précise en 1935, dans le commentaire de son premier projet de loi uniforme sur la vente, que la saisie des marchandises en cas de conflit est très généralement assimilée à un cas de perte au sens des règles sur le transfert des risques, la qualification des autres saisies et restrictions étatiques restant controversée³⁸.

2.171 Vu le texte de l'art. 66 CV, un élément des deux avis présentés ci-dessus paraît essentiel pour déterminer si un acte des autorités peut ou non constituer un événement dont l'acheteur doit supporter le risque du prix³⁹: l'intervention étatique en question est-elle *assimilable* dans ses effets à une perte ou une détérioration de la marchandise⁴⁰?

Dans l'affirmative — la marchandise est par exemple définitivement bloquée ou saisie, voire détruite ou amputée de certains éléments par les autorités —, l'intervention étatique en question après le moment du transfert des risques doit en principe entraîner l'obligation de l'acheteur de payer le prix conformément à l'art. 66 CV⁴¹.

En revanche, si les autorités se bornent à interdire la vente de la marchandise ou refusent une autorisation nécessaire au développement de l'opération tout en laissant la chose au vendeur, la question d'un transfert à l'acheteur du risque du prix ne se posera pas, même si les autres conditions de l'art. 66 CV sont remplies. Une telle intervention ne peut en effet être assimilée à une perte au sens de l'art. 66 CV, c'est-à-dire à une disparition physique ou à une détérioration de la marchandise. Dans ce cas, l'acheteur ne doit donc pas le prix convenu au titre du transfert des risques, et cela quand bien même, en raison d'un événement survenant après le moment du transfert des risques, il ne reçoit pas la marchandise ou ne la reçoit qu'imparfaitement ou incomplètement. Il conserve en outre d'autres moyens qui lui permettent de s'opposer au paiement du prix: ainsi, il a le droit de résoudre le contrat⁴², mais il

³⁸ Cf. RABEL, in *Rabels Zeitschrift*, 1935, p. 357.

³⁹ A la condition, bien entendu, que les autres conditions de l'art. 66 CV, en particulier l'absence de tout «fait du vendeur», soient réalisées. Il va de soi que si l'acte des autorités est la conséquence d'un acte ou d'une omission du vendeur, ou a sa cause dans la personne du vendeur, l'acheteur ne doit pas en supporter les risques; cf. *infra*, ch. 2.176 ss, 2.190 ss.

⁴⁰ Dans le même sens, GEIST, p. 350, 2e paragraphe, *in fine*. Voir aussi SCHÖNLE, in HONSELL, n. 19 à l'art. 66 CV.

⁴¹ Voir également SCHÖNLE, in HONSELL, n. 19 à l'art. 66 CV; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 66 CV *in fine* et les réf. citées; HONNOLD, n. 423.2 à l'art. 79 CV; PILTZ, UN-Kaufrecht, p. 54, ch. 208, qui admet également que l'art. 66 CV vise «in bestimmten Fällen hoheitliche Beschlagnahme».

⁴² Cf. art. 79 CV, en particulier l'art. 79 al. 5 *a contrario* et le renvoi à l'art. 49 al. 1, litt. a CV.

peut également opposer au vendeur une exception d'inexécution, aux conditions de l'art. 58 CV⁴³.

2.172 Les solutions qui précèdent sont ainsi très semblables à celles dégagées ci-dessus en droit suisse⁴⁴. Dans les deux cas, seul un acte des autorités équivalant à une perte ou une détérioration de la marchandise pourra opérer un transfert des risques. Des mesures d'interdiction ou de refus laissant au vendeur la disposition de la marchandise ne peuvent pour leur part pas constituer un cas de transfert des risques; en droit suisse, elles conduisent à la libération du vendeur, ce qui doit entraîner également celle de l'acheteur (art. 119 al. 1 et 2 CO). Selon la Convention de Vienne, une telle libération des parties est également possible – et sera d'ailleurs souvent la seule voie réaliste –, encore qu'elle n'aura pas lieu *ex lege*, mais suite à la résolution du contrat par l'acheteur (art. 49 al. 1 litt. a et 81 CV).

cc. Autres événements pouvant survenir aux risques de l'acheteur?

2.173 Certains auteurs considèrent que les conséquences de toute perturbation fortuite du transport survenant après le moment du transfert des risques doivent en principe être à la charge de l'acheteur⁴⁵.

Cela paraît évident lorsque les conséquences en question sont comparables à une perte ou une détérioration de la marchandise⁴⁶. Qu'en est-il, en revanche, lorsque ces conséquences consistent en une augmentation des coûts du transport?

L'idée, à vrai dire logique⁴⁷, est qu'à compter du moment où l'acheteur supporte les risques d'une perte ou d'une détérioration de la marchandise, il doit également supporter les coûts supplémentaires résultant de mesures (transbordement de la marchandise, déchargement d'urgence, interruption tempo-

⁴³ L'art. 58 CV est en effet considéré comme étant l'expression du principe de l'exécution «trait pour trait» des prestations. Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.156 et les réf. citées.

⁴⁴ Cf. *supra*, ch. 2.105 et les réf. citées.

⁴⁵ Cf. principalement LINDACHER, p. 175 et les réf. citées; voir également NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 66 CV et HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV et les réf. citées.

⁴⁶ Perte ou détérioration en cours de transport ensuite de grève, conflit, conditions météorologiques catastrophiques, perte de la marchandise par le voiturier, livraison par celui-ci à un destinataire erroné etc.

⁴⁷ Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 26 s. à l'art. 66 CV, qui fonde son avis sur l'art. 7 al. 2 CV. Voir également LINDACHER, p. 175, et HAGER, n. 3 à l'art. 66 CV, ainsi que et les réf. qu'ils citent. Voir également les INCOTERMS CFR/CIF, clause B6 et le commentaire de celle-ci, *in* Guide des INCOTERMS, p. 84.

raire du transport, déviation etc.) destinées à écarter ou prévenir une telle perte ou détérioration en cours de transport⁴⁸.

2. Perte ou détérioration survenant après le moment du transfert des risques à l'acheteur

2.174 Selon l'art. 66 CV, pour que l'acheteur puisse être tenu de payer le prix au titre du transfert des risques, la perte ou la détérioration de la chose vendue doit nécessairement survenir après le moment auquel, selon l'accord des parties ou la nature de la vente, le risque du prix a été transféré à l'acheteur.

S'il est ainsi clair que toute perte ou détérioration qui survient avant ce moment ne peut entraîner l'obligation de l'acheteur de payer le prix de vente⁴⁹, une généralisation inverse n'est pas possible: toute perte ou détérioration de la marchandise après le moment du transfert du risque du prix ne survient pas forcément aux risques de l'acheteur.

2.175 L'art. 66 CV doit en effet être lu dans le prolongement de l'art. 36 CV⁵⁰, qui apporte sur ce point les deux importantes précisions suivantes⁵¹:

- si un défaut de conformité⁵², qui existait de façon latente au moment du transfert des risques⁵³ et dont le vendeur est dès lors responsable⁵⁴, se manifeste, voire entraîne la perte de la chose après ce moment, cette altération ou destruction de la marchandise, nonobstant le moment de sa survenance, engage la responsabilité du vendeur (art. 36 al. 1 *in fine* CV);
- si un défaut de conformité survient après le moment du transfert des risques⁵⁵ en raison d'une inexécution par le vendeur de l'une quelcon-

⁴⁸ Un raisonnement semblable devrait être admis en droit suisse, soit sur la base de l'art. 2 al. 1 CCS qui imposerait à l'acheteur, selon les règles de la bonne foi, le devoir accessoire de supporter les frais exposés dans son intérêt, soit sur la base de l'art. 422 CO.

⁴⁹ Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 8 à l'art. 66 CV.

⁵⁰ Cf. NICHOLAS, n. 3.1 à l'art. 66 CV; HONNOLD, par. 360 à l'art. 66 CV; HAGER, n. 5 à l'art. 66 CV; BIANCA, n. 2.1 à l'art. 36 CV; AUDIT, p. 86, n. 4 en bas de page.

⁵¹ Ces deux cas doivent être distingués d'une troisième situation, dans laquelle une marchandise entachée d'un défaut avant le moment du transfert des risques est *fortuitement* détériorée ou perdue après ce moment. Cette question, réglée par l'art. 70 CV, sera traitée *infra*, troisième partie.

⁵² Défini par référence à l'art. 35 al. 1 et 2 CV.

⁵³ Tel que défini aux art. 67 à 69 CV.

⁵⁴ Cf. art. 36 al. 1 CV *in initio*, qui renvoie sur ce point aux art. 45 CV ss; cf. SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 197; SCHWENZER, n. 4 à l'art. 36 CV.

⁵⁵ Tel que défini aux art. 66 CV ss.

que de ses obligations⁵⁶, la responsabilité du vendeur est également engagée (art. 36 al. 2 CV).

Dans ces cas, malgré leur survenance après le moment du transfert des risques, la perte ou la détérioration de la chose fondent une responsabilité du vendeur, qui confère à l'acheteur les moyens prévus aux art. 45 CV ss. Ce dernier ne supporte donc pas encore le risque de la prestation du vendeur⁵⁷. Or, comme le transfert de ce risque de la prestation est une condition *sine qua non* du transfert du risque du prix⁵⁸, ce dernier ne peut avoir lieu et l'art. 66 CV est inapplicable⁵⁹.

Il en résulte que, même si elles surviennent après le moment du transfert des risques, la perte ou la détérioration de la marchandise dans les circonstances visées par l'art. 36 al. 1 ou 2 CV ne peuvent entraîner l'obligation de l'acheteur de payer le prix⁶⁰.

3. *Une perte ou une détérioration non imputables à un fait du vendeur*

aa. Généralités – le fait du vendeur, une notion controversée

2.176 Selon l'art. 66 CV, la perte ou la détérioration survenant après le moment du transfert des risques ne doivent pas être dus à un *fait du vendeur*, «...*due to an act or omission of the seller*»⁶¹.

⁵⁶ Par exemple, la marchandise est altérée après le moment du transfert des risques parce que le vendeur l'a confiée à un transporteur non qualifié, ou la lui a remise sans instructions particulières quant à son maniement ou son stockage, ou encore l'envoie en retard; cf. NICHOLAS, n. 3.1 *in fine* à l'art. 66 CV et SCHWENZER, n. 5 à l'art. 36 CV. Il est en revanche indifférent que le manquement du vendeur ait eu lieu avant ou après le moment du transfert des risques; cf. dans le même sens SCHWENZER, n. 5 à l'art. 36 CV. Voir aussi Bianca, n. 2.3 à l'art. 36 CV, qui retient en outre dans ce contexte la perte de la marchandise en raison d'une expédition dans un emballage insuffisant, alors que cet état de fait tombe davantage sous l'art. 36 al. 1 CV, dans la mesure où les conséquences dommageables d'un emballage inadéquat sont des effets postérieurs au moment du transfert des risques d'un défaut de conformité au sens de l'art. 35 al. 2 let. d CV existant déjà avant ce moment.

⁵⁷ Cf. *supra*, ch. 2.156.

⁵⁸ Cf. *supra*, ch. 2.156.

⁵⁹ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 4 *in fine* à l'art. 66 CV et HAGER, n. 5 *in fine* à l'art. 66 CV.

⁶⁰ Cf. également le commentaire de la clause A5 de l'INCOTERM FOB, *in* Guide des INCOTERMS, p. 71. Le Code des obligations consacre des solutions analogues: cf. à ce propos *supra*, ch. 2.105 et 2.107.

⁶¹ En réalité, bien que la Convention ne le dise pas expressément, le «fait du vendeur» doit également inclure les agissements ou les omissions des personnes dont il est responsable. Cf. art. 79 al. 2 CV, ainsi que ZIEGLER U. p. 92; NEUMAYER/MING, n. 4 à

Par là, la Convention de Vienne consacre l'idée largement reconnue que la perte ou la détérioration de la marchandise doivent être *parfaitement fortuites* pour qu'il puisse y avoir transfert des risques à l'acheteur⁶².

Cela étant, le sens précis des termes «*fait du vendeur*» a donné lieu à une controverse⁶³, qui peut être schématiquement résumée comme suit.

Certains auteurs – principalement HUBER – sont d'avis que cette notion désigne seulement l'inexécution par le vendeur de ses devoirs contractuels⁶⁴.

A l'opposé, d'autres auteurs⁶⁵, qui s'alignent à ce propos sur le Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI et l'exemple qu'il cite à ce propos⁶⁶, considèrent que le «*fait du vendeur*» doit être compris dans un sens large, non limité à la violation de devoirs contractuels.

bb. Analyse critique de l'approche restrictive

- i. Une perte ou une détérioration due à une inexécution par le vendeur d'une obligation contractuelle est un obstacle à l'application de l'art. 66 CV

2.177 Selon l'opinion soutenue ici, l'approche restrictive perd de vue que l'art. 66 CV ne s'applique pas si la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques sont dues à une inexécution par le vendeur de ses devoirs contractuels.

l'art. 66 CV et les réf. citées n. 15 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 6 à l'art. 66 CV; ROTH, p. 294, *ad* n. 14 en bas de page; GEIST, p. 356 *in fine*. Voir également l'art. 96 LUVI.

⁶² Cf. HAGER, n. 5 à l'art. 66 CV; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 66 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 1 des observations préliminaires à l'art. 66 CV; HONNOLD, n. 358 à l'art. 66 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 79; le même, *Internationales UN-Kaufrecht*, pp. 124 s., ch. 223; POSCH, p. 167; HEUZÉ, p. 284, ch. 377.

⁶³ Cf. SCHMUTZ, pp. 100 ss; GEIST, p. 355, ch. II. Voir également les réf. citées par NEUMAYER/MING, n. 4 et 5 à l'art. 66 CV.

⁶⁴ Cf. essentiellement HUBER, *in* *RabelsZ* 43 (1979), p. 457; voir également HERBER/CZERWENKA, n. 6 à l'art. 66 CV et ZENG, p. 87. Pour des raisons de politique législative, le résultat auquel parvient HUBER est approuvé, semble-t-il, par SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 79, n. 346 en bas de page. Voir cependant les réserves de SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 125, ch. 223, qui considère que «*ob der Verkäufer (...) einen Vertragsbruch begangen hat, ist im Prinzip unerheblich*». Voir également ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 à l'art. 66 CV et l'exposé complet de ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 à l'art. 66 CV.

⁶⁵ Cf. notamment HAGER, n. 5 ss, 7 à l'art. 66 CV; NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 66 CV; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 66 CV; SCHMUTZ, p. 105; HONNOLD, n. 362 à l'art. 66 CV; GEIST, p. 355, ch. II. Voir aussi SEVON, pp. 196 s.

⁶⁶ Cf. Documents officiels, p. 69, ch. 6 du commentaire de l'art. 78 du projet de Convention (art. 66 actuel); HONNOLD, *in* *Documentary History*, p. 356, ch. 531.

Cela est imposé par la logique et la systématique de la Convention de Vienne, en particulier par les rapports entre les art. 45 ss et 66 CV.

2.178 En effet, le transfert du risque du prix selon l'art. 66 CV présuppose que l'acheteur ne puisse plus recevoir la chose vendue ou qu'il ne reçoive qu'une chose diminuée ou détériorée *sans disposer par ailleurs contre le vendeur d'actions en dommages-intérêts ou en exécution (réparation ou livraison de marchandises de remplacement) et sans pouvoir résoudre la vente*⁶⁷.

Or, si la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques sont dus à une inexécution par le vendeur de «*l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la (...) Convention*» (art. 45 al. 1 CV *in initio*), l'acheteur dispose des moyens énumérés à l'art. 45 al. 1, litt. a et b CV⁶⁸. L'une au moins des conditions d'un transfert des risques au sens de l'art. 66 CV – l'absence de moyens à disposition de l'acheteur – n'est donc pas réalisée⁶⁹, en sorte que l'art. 66 CV ne peut pas s'appliquer.

En d'autres termes, si la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques est due à une inexécution par le vendeur de ses obligations contractuelles, dont il doit répondre selon l'art. 45 al. 1 CV, les art. 66 CV ss sont purement et simplement écartés⁷⁰.

2.179 Au vu de ce qui précède, l'approche restrictive proposée notamment par HUBER consacre donc une incohérence. En effet, à définir le *fait du vendeur* dont il est question à l'art. 66 CV *in fine* comme étant limitativement une violation par le vendeur de ses devoirs contractuels⁷¹, on en vient à libérer l'acheteur selon l'art. 66 CV *in fine* dans un cas où, logiquement, l'application de l'art. 66 CV devrait être exclue.

⁶⁷ Cf. *supra*, ch. 2.156 et les réf. citées.

⁶⁸ Cf. art. 36 al. 2 CV *in initio* et *supra*, ch. 2.175.

⁶⁹ Cf. *supra*, ch. 2.156.

⁷⁰ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 4 *in fine* à l'art. 66 CV; HAGER, *Gefahrtragung*, p. 402; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 *in initio* à l'art. 66 CV.

⁷¹ Cf. HUBER, *in* *RabelsZ* 43 (1979), p. 457.

- ii. L'approche restrictive est inexacte au regard de la genèse de l'art. 66 CV et en outre insatisfaisante dans certains cas

2.180 Rien dans les travaux préparatoires, le texte et la systématique de la Convention de Vienne ne paraît autoriser l'interprétation restrictive proposée notamment par HUBER⁷².

Celui-ci fonde en particulier sa position sur la nécessité d'aligner l'art. 66 CV sur l'art. 36 al. 2 CV⁷³, alors qu'un tel alignement, expressément prévu dans la Convention de La Haye de 1964⁷⁴, a été volontairement supprimé lors de la rédaction de la Convention de Vienne⁷⁵.

2.181 Dans le même ordre d'idées, HUBER semble perdre de vue que l'avis qu'il exprime a fait l'objet d'une proposition qui a été expressément écartée par le Secrétariat de la CNUDCI lors de l'élaboration du projet de Convention⁷⁶.

2.182 Enfin, l'approche restrictive conduit à des résultats insatisfaisants dans des cas dans lesquels, malgré l'absence de toute violation par le vendeur d'obligations contractuelles, l'implication concrète du vendeur dans la survenance d'une perte ou détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques commanderait de libérer l'acheteur de toute obligation de payer le prix.

Ainsi en irait-il dans l'exemple évoqué par le Secrétariat de la CNUDCI⁷⁷: dans une vente FOB, le vendeur endommage la marchandise en voulant reprendre au port de destination, c'est-à-dire après le moment du transfert des risques, les conteneurs dans lesquels il l'avait remise au premier transporteur.

⁷² Cf. dans le même sens SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 79, n. 346 en bas de page, qui, bien qu'il approuve le raisonnement de HUBER dans son résultat, n'en constate pas moins qu'il «weder Wortlaut und Systematik des Gesetzes noch den Intentionen der Verfasser entspricht». Voir également les critiques formulées par SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC p. 196 et SCHMUTZ, p. 101; cf. enfin NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 66 CV.

⁷³ Cf. HUBER, *in* *RabelsZ* 43 (1979), p. 457.

⁷⁴ Cf. art. 35 al. 2 et 96 LUVI qui recouraient tous deux à la formule «...un fait du vendeur ou d'une personne dont il est responsable».

⁷⁵ Cf. notamment HAGER, n. 7 à l'art. 66 CV et les réf. citées n. 17 et 18 en bas de page.

⁷⁶ Cf. HONNOLD, n. 362 à l'art. 66 CV; *Documentary History*, p.356, ch. 531 s.; voir aussi HAGER, n. 6 s. à l'art. 66 CV et les réf. citées, qui rappelle également l'évolution entre la LUVI et la CV sur ce point; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, pp. 196 s. et les réf. citées n. 14-16 en bas de page; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 66 CV.

⁷⁷ Cf. Documents Officiels, p. 69, ch. 6 du Commentaire de l'art. 78 du Projet de Convention (art. 66 actuel).

A suivre les partisans de l'interprétation restrictive, une libération de l'acheteur dans ce cas ne serait possible qu'à la condition de pouvoir reprocher au vendeur une contravention au contrat. Il faut donc définir le devoir contractuel que le vendeur aurait enfreint. Or, si, par hypothèse, le vendeur endommage la marchandise après le transfert de propriété à l'acheteur⁷⁸ et après le moment du transfert des risques, il n'y a en principe aucune inexécution par le vendeur des devoirs contractuels mis à sa charge par le contrat ou la Convention de Vienne⁷⁹.

En sorte que, selon l'interprétation restrictive du *fait du vendeur*, le risque du prix resterait dans un tel cas à la charge de l'acheteur, qui devrait donc le plein prix convenu.

2.183 Une approche restrictive de la notion de *fait du vendeur*, limitée aux violations par le vendeur de ses devoirs contractuels, n'est ainsi satisfaisante ni en droit, ni en fait.

En effet, en *droit*, cette interprétation est apparemment contraire à la lettre de l'art. 66 CV *in fine*, à son but⁸⁰, à la systématique de la Convention et à la volonté exprimée par ses auteurs⁸¹.

En outre, dans les *faits*, lorsque le vendeur, sans enfreindre ses devoirs contractuels, est néanmoins concrètement impliqué dans la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques, il est simplement inconcevable de mettre le risque du prix à la charge de l'acheteur. Le fait que celui-ci puisse le cas échéant⁸² compenser sa dette de prix avec une créance en dommages-intérêts fondée sur une éventuelle responsabilité extra-contractuelle du vendeur ne modifie en rien cette conclusion.

cc. Essai de solution

2.184 Pour les motifs qui précèdent, l'interprétation restrictive, selon laquelle le *fait du vendeur* entraînant une libération de l'acheteur selon l'art. 66 CV

⁷⁸ Ce qui serait par exemple le cas si les questions de propriété des marchandises vendues sont soumises à un système juridique, tels les droits français, anglo-saxon, italien, danois etc., liant le transfert de propriété à la conclusion du contrat.

⁷⁹ En particulier, les obligations prévues par l'art. 30 CV ont été exécutées: livraison en mains du premier transporteur (art. 31 litt. a CV) et transfert de propriété.

⁸⁰ C'est-à-dire consacrer l'idée que la perte ou la détérioration de la marchandise doivent être *parfaitement* fortuites pour qu'il puisse y avoir transfert des risques. Cf. *supra*, ch. 2.176 et les réf. citées.

⁸¹ Cf. *supra*, ch. 2.180 s. et les réf. citées.

⁸² Il faudrait pour cela que le droit national applicable à ces questions admette, d'une part, la responsabilité extra-contractuelle du vendeur et, d'autre part, la compensation.

in fine serait limité à l'inexécution par le vendeur d'obligations contractuelles, ne doit pas être retenue.

Cela étant, il ne se justifie pas davantage de considérer que le «*fait du vendeur*» visé à l'art. 66 CV *in fine* doit avoir une portée large, qui inclurait à la fois les actes du vendeur constitutifs d'une inexécution d'obligations contractuelles et ceux qui ne le sont pas⁸³. En effet, ainsi qu'on l'a vu⁸⁴, l'art. 66 CV ne s'applique simplement pas si la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques est due à une violation par le vendeur de ses devoirs contractuels. La libération – totale ou partielle, définitive ou provisoire – de l'acheteur est opérée dans ces cas-là par d'autres normes (art. 49 CV en rapport avec l'art. 81 CV, ainsi que les art. 50, 58 et 71 CV).

2.185 Ainsi, le «*fait du vendeur*» au sens de l'art. 66 CV *in fine* est tout acte ou omission du vendeur⁸⁵, non constitutif d'une violation des devoirs mis à la charge du vendeur par le contrat ou la Convention, en raison, ensuite ou à l'occasion duquel la chose vendue est perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques.

Cette définition inclut les événements qui surviennent dans la sphère de puissance du vendeur⁸⁶ et qui entraînent la perte ou la détérioration de la marchandise; par exemple, cela viserait une grève interne à l'entreprise du vendeur⁸⁷, mais pas nécessairement une grève généralisée ou un conflit du travail à l'échelon régional.

2.186 Cependant, tout «*fait du vendeur*» tel que défini ci-dessus n'entraîne pas encore nécessairement la libération de l'acheteur. Cette définition de principe appelle en effet des délimitations supplémentaires, selon la nature du

⁸³ C'est néanmoins l'opinion de HAGER, NEUMAYER/MING, NICHOLAS, HONNOLD et GEIST. Cf. *supra*, ch. 2.176 et les réf. citées.

⁸⁴ Cf. *supra*, ch. 2.177 ss.

⁸⁵ Ou d'une personne dont il répond selon les normes applicables en vertu des règles de droit international privé: cf. NEUMAYER/MING, n. 4 *in initio* à l'art. 66 CV et les réf. citées, en particulier POSCH, p. 167, NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 66 CV et SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, pp. 196 ss.

⁸⁶ Ou d'un tiers qu'il a commis à l'exécution de tout ou partie de ses obligations.

⁸⁷ Voir à ce propos le Message du CF, ch. 235.41, litt. b. A noter qu'en droit suisse, la grève interne à l'entreprise du vendeur serait également un obstacle à un transfert des risques à l'acheteur, en ce sens qu'elle serait qualifiée d'incapacité subjective du vendeur, le cas échéant fautive, écartant ainsi l'application des art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO; cf. *supra*, ch. 2.29 ss.

comportement du vendeur, les circonstances dans lesquelles il intervient, voire selon les intérêts qu'il peut tendre à sauvegarder le cas échéant.

Il faut en effet bien voir que le vendeur, qui accomplit, notamment pour sauvegarder les intérêts de l'acheteur, un acte parfaitement conforme au contrat ou à la Convention, ou qui exerce correctement un droit qui lui est reconnu, ne devrait pas être plus mal placé en cas de survenance d'un cas fortuit touchant la marchandise qu'il ne l'eût été en l'absence de tels agissements. En d'autres termes, les faits du vendeur conformes au contrat et à toute règle applicable à celui-ci ne doivent pas tomber sous le coup de l'art. 66 CV *in fine*⁸⁸, même si, à l'occasion de leur accomplissement, la marchandise vient à être perdue ou endommagée fortuitement.

Cela amène à distinguer les quatre situations suivantes, dont seules les deux dernières commandent une libération de l'acheteur en raison de faits du vendeur au sens de l'art. 66 CV *in fine*.

2.187 On peut tout d'abord mentionner le cas de la marchandise qui est *fortuitement* perdue ou détériorée pendant une interruption de son transport ordonnée par le vendeur conformément à son *right of stoppage in transitu* selon l'art. 71 al. 2 CV.

Cette interruption nécessitée par un fait, une omission ou une attitude de l'acheteur⁸⁹ ne justifie pas que celui-ci soit libéré de son obligation de payer la prix, bien que la perte fortuite de la marchandise ait été objectivement favorisée par la mesure prise par le vendeur⁹⁰.

2.188 Autre exemple dans le même ordre d'idées: dans une vente à distance selon l'art. 67 al. 1 CV, le vendeur, averti de difficultés (grèves, ralentisse-

⁸⁸ Dans le même sens, HAGER, n. 6 à l'art. 66 CV et les réf. citées et n. 7 *in fine* à l'art. 66 CV: «*indefinites rechtmässiges Verhalten des Verkäufers (...) hindert folglich den Gefahrübergang nicht*»; HUBER, n. 45 à l'art. 31; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, p. 79, n. 346 en bas de page; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 125, ch. 223; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, ch. 2 *in fine* à l'art. 66 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 *in fine* à l'art. 66 CV; NEUMAYER/MING, n. 5 *in fine* à l'art. 66 CV.

⁸⁹ Cf. art. 71 al. 1 litt. a et b CV.

⁹⁰ Cf. SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 15 à l'art. 66 CV; HAGER, n. 6 à l'art. 66 CV; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 125, ch. 223; NEUMAYER/MING, n. 5 *in fine* à l'art. 66 CV et les réf. citées; LINDACHER, p. 174 et les réf. citées n. 26 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 66 CV; SEVON, *in Colloque de Lausanne de l'ISDC*, p. 201; GEIST, p. 355, ch. II; HUBER, n. 45 *in fine* à l'art. 31 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 *in fine* à l'art. 66 CV. Par le biais des circonstances particulières réservées par l'art. 185 al. 1 CO, le droit suisse autorise une solution analogue, cf. *supra*, ch. 2.134 s.

ments etc.) dans l'acheminement par le moyen de transport choisi conformément au contrat, ordonne au transporteur auquel il a confié la marchandise d'interrompre le transport en cours et d'acheminer la cargaison par un autre moyen. Pendant ce transbordement après le moment du transfert des risques, la marchandise est *fortuitement* détériorée. Le changement de moyen de transport a été entrepris essentiellement dans l'intérêt de l'acheteur, auquel le vendeur voulait éviter autant que possible une livraison tardive (dont lui-même, par ailleurs, n'aurait pas été responsable). Cette circonstance commande que l'acheteur supporte le risque du prix, bien que la détérioration de la marchandise ait indiscutablement été favorisée par la mesure prise par le vendeur⁹¹.

2.189 En revanche, si le vendeur ordonne l'interruption du transport parce qu'il craint d'avoir livré des marchandises défectueuses et qu'il veut encore vérifier leur état, une détérioration *fortuite* de la cargaison pendant cette interruption ne devrait pas intervenir aux risques de l'acheteur.

En effet, la mesure ordonnée ici vise avant tout la sauvegarde des intérêts du vendeur, qui ne veut pas se voir reprocher ultérieurement une contravention au contrat. La détérioration fortuite a été favorisée par un acte que le vendeur aurait pu et dû accomplir encore avant la remise des marchandises au transporteur. Cette circonstance⁹² devrait donc justifier la libération de l'acheteur au sens de l'art. 66 CV *in fine*⁹³.

2.190 Enfin, dernière hypothèse à envisager, la perte ou détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques est *causée* par un acte ou une omission du vendeur ou d'un auxiliaire de celui-ci. A la différence des situations envisagées ci-dessus, l'événement n'est ici plus fortuit. C'est par exemple le cas cité par le Secrétariat de la CNUDCI dans son Commentaire du projet de Convention⁹⁴.

⁹¹ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 15 à l'art. 66 CV; LINDACHER, p. 174 et ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, ch. 2 à l'art. 66 CV. La solution de la Convention de Vienne est donc semblable à celle du droit suisse (cf. *supra*, ch. 2.134 s.).

⁹² Le droit suisse conduit à un résultat comparable, déduit de la même circonstance; cf. *supra*, ch. 2.135.

⁹³ On retrouve ce principe «eigenes Interesse – eigenes Risiko» chez LINDACHER, pp. 174 s. A noter que la situation évoquée ici – un acte du vendeur favorise la survenance d'une perte ou d'une détérioration fortuites – est encore différente du cas où la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée alors que la responsabilité du vendeur est engagée par ailleurs, en raison par exemple de défauts affectant la marchandise (cf. *infra*, III).

⁹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.182 et les réf. citées.

Le régime juridique de ce type de cas dépend de la possibilité de qualifier ou non l'acte ou l'omission du vendeur de contravention au contrat.

Si l'on ne peut reprocher au vendeur une contravention à l'une ou l'autre des obligations mises à sa charge par le contrat ou la Convention⁹⁵, la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques entraîne *a priori* l'application des art. 66 CV ss, mais l'implication directe du vendeur dans la disparition totale ou partielle de la chose vendue commande de libérer l'acheteur de son devoir de payer le prix (art. 66 CV *in fine*). Pour le surplus, les moyens à disposition de l'acheteur – on songe essentiellement à des dommages-intérêts – en raison de l'acte du vendeur seront déterminés par le droit applicable en matière de responsabilité non contractuelle⁹⁶.

En revanche, si l'acte ou l'omission du vendeur constitue une contravention au contrat – il cause par exemple la perte ou la détérioration de la marchandise avant le transfert de propriété –, les rapports entre les parties sont en principe réglés par les art. 45 CV ss et 74 CV ss, ce qui exclut, comme on l'a vu⁹⁷, l'application des règles sur le transfert des risques. Une libération – totale ou partielle, provisoire ou définitive – de l'acheteur de son obligation de payer le prix ne se fondera donc pas sur l'art. 66 CV *in fine* mais sur les art. 50, 58 ou 71, ou encore 49 et 81 CV si les conditions en sont réalisées⁹⁸.

2.191 Ce qui précède permet de définir comme suit les cas dans lesquels, malgré une perte ou une détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques, l'acheteur doit être libéré du risque du prix selon l'art. 66 CV *in fine*, en raison d'un *fait du vendeur*.

Tout d'abord, cette libération de l'acheteur doit intervenir lorsque la perte ou la détérioration *fortuite* de la marchandise après le moment du transfert des risques a été *rendue possible ou a été favorisée* par :

⁹⁵ Cf. art. 30 CV.

⁹⁶ Cf. Documents Officiels, p. 69, n. 6 *in fine* à l'art. 78 du Projet de Convention; voir également art. 7 al. 2 *in fine* CV.

⁹⁷ Cf. *supra*, ch. 2.177 ss.

⁹⁸ Cela étant, si le vendeur parvient à s'exculper (art. 79 al. 1 et 2 CV) – la perte est survenue dans le cadre d'une grève générale touchant également l'entreprise du vendeur, mais qui n'est pas imputable à ce dernier –, l'acheteur reste alors tenu de payer le plein prix convenu (art. 66 CV). En effet, en cas de perte ou détérioration postérieures au moment du transfert des risques, non imputables au vendeur ou à l'un de ses auxiliaires, la systématique des art. 45 ss, 66 et 79 CV démontre que l'art. 66 CV doit l'emporter sur l'art. 79 al. 5 CV et priver l'acheteur des droits que l'art. 79 al. 5 lui réserve nonobstant l'exculpation du vendeur (cf. *infra*, ch. 2.207 ss, ainsi que SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 7 et 14 à l'art. 66 CV).

- une *omission* du vendeur (ou de l'un de ses auxiliaires), non constitutive d'une violation d'obligations contractuelles,
- ou par un *acte* ou une *mesure* non constitutifs d'une violation d'obligations contractuelles, que le vendeur accomplit (ou fait accomplir par un auxiliaire) dans son intérêt propre, sans qu'il s'agisse de l'exercice correct d'un droit ou d'une prérogative,
- ou, enfin, par un *événement* survenant dans la sphère de puissance du vendeur (ou de l'un de ses auxiliaires).

Ensuite, bien évidemment, la libération de l'acheteur doit également avoir lieu lorsque la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques est *causée* par un acte ou une omission du vendeur (ou d'un auxiliaire), ou encore par un événement survenant dans sa sphère de puissance.

c. Effets juridiques – les risques transférés à l'acheteur

1. *Le risque du prix*

aa. Généralités

2.192 En cas de réalisation de toutes les conditions de l'art. 66 CV après l'un des moments fixés aux art. 67 à 69, le risque du prix passe à l'acheteur: celui-ci n'est pas libéré de son obligation de payer le prix de la marchandise malgré sa perte ou sa détérioration.

2.193 L'art. 66 CV déroge ainsi notamment, en tant que *lex specialis*, à la règle générale de paiement de l'art. 58 al. 1 et 3 CV, qui autorise l'acheteur, sauf stipulation contraire, à retenir son paiement jusqu'à la mise des marchandises à sa disposition ou jusqu'à la remise des documents qui les représentent (al. 1), ou encore jusqu'à l'examen de la marchandise (al. 3)⁹⁹.

Dans le même ordre d'idées, il faut admettre que, sauf stipulation expresse contraire, l'art. 66 CV déroge *a priori* à toute convention particulière des parties subordonnant le paiement du prix à la livraison des marchandises.

Enfin, si la perte ou la détérioration de la chose vendue survient fortuitement après le moment du transfert des risques sans avoir été favorisée par un fait du vendeur au sens défini ci-dessus, l'art. 66 CV empêche évidemment l'acheteur d'invoquer l'art. 71 CV et de différer le paiement du prix au

⁹⁹ Cf. également HONNOLD, n. 361 à l'art. 66 CV et n. 2 en bas de page; SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 22 à l'art. 66 CV.

motif que le vendeur n'aurait pas exécuté une partie essentielle de ses obligations¹⁰⁰.

bb. Les cas de perte ou détérioration de la marchandise postérieurs au moment du transfert des risques dans lesquels les art. 66 CV ss s'appliquent

2.194 Aux conditions de l'art. 66 CV, l'acheteur supporte donc le risque du prix de toute perte ou détérioration survenant après le moment du transfert des risques, c'est-à-dire de toute altération totale ou partielle des qualités physiques de la chose, de toute disparition ou vol, enfin de tout obstacle de nature juridique dans la mesure où ses effets sont comparables à une perte de la marchandise¹⁰¹.

Ainsi, la solution de la Convention de Vienne est en principe identique à celle du droit suisse¹⁰².

2.195 S'agissant en particulier des *obstacles juridiques*, l'acheteur n'a le risque du prix qu'à la condition que l'empêchement puisse être assimilé quant à ses effets à une perte de la marchandise. Il faut donc, en plus de l'empêchement juridique, que la chose vendue disparaisse physiquement de la sphère de puissance du vendeur par une mesure complémentaire de blocage, saisie, destruction etc.. Si le vendeur, empêché après le moment du transfert des risques de faire sa prestation pour un motif juridique, conserve néanmoins la marchandise ou peut la récupérer, on ne peut à proprement parler de *perte* au sens de l'art. 66 CV ou de cas assimilable à une telle perte. Il s'agit tout au plus d'une inexécution d'obligation non imputable au vendeur, soumise à l'art. 79 CV¹⁰³.

Ici encore, même si le fondement juridique n'est pas identique – selon le Code des obligations, il s'agirait en effet d'un cas de transfert des risques corrigé le cas échéant par l'art. 2 CCS¹⁰⁴ – les solutions de la Convention de Vienne et du droit suisse sur ce point sont comparables.

¹⁰⁰ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 22 *in fine* à l'art. 66 CV. Le droit suisse connaît du reste une solution comparable, dans la mesure où l'acheteur ne peut opposer les art. 82 ou 83 CO au vendeur qui lui réclame le prix conformément à l'art. 185 CO (cf. *supra*, ch. 2.100).

¹⁰¹ Cf. *supra*, ch. 2.159 ss et 2.169 ss.

¹⁰² Cf. *supra*, ch. 2.104 *in fine*.

¹⁰³ Cf. *supra*, ch. 2.171.

¹⁰⁴ Cf., en droit suisse, *supra*, ch. 2.108.

- cc. Les cas de perte ou détérioration de la marchandise postérieurs au moment du transfert des risques dans lesquels les art. 66 CV ss ne s'appliquent pas, ou dans lesquels l'obligation de l'acheteur de payer le prix n'est pas fondée sur les art. 66 CV ss
- i. Les cas qui surviennent après la tradition de la chose à l'acheteur

2.196 Tout ce qui peut, même fortuitement, toucher la marchandise après sa livraison en mains de l'acheteur est étranger à l'art. 66 CV. C'est logique et inhérent à la question de l'attribution du fardeau des risques, puisque celle-ci ne se pose qu'entre le moment de la conclusion du contrat et celui de la remise effective de la marchandise à l'acheteur. Tout ce qui survient après ce moment est aux risques exclusifs de l'acheteur en sa qualité de propriétaire: *casum sentit dominus*¹⁰⁵.

L'acheteur reste quant à lui tenu de verser le prix convenu, malgré l'altération, la perte ou la disparition de la chose vendue après la livraison. Cette obligation ne se fonde bien évidemment pas sur l'art. 66 CV mais sur les art. 53 CV ss.

A noter dans ce contexte que si c'est le vendeur ou une personne dont il est responsable qui altère ou détruit la chose vendue *après* qu'elle a été correctement et complètement livrée à l'acheteur — par exemple, fausse manœuvre du vendeur ou de son camionneur après le déchargement —, il ne s'agit pas d'un cas de contravention au contrat au sens des art. 45 CV ss, puisque la prestation du vendeur a pu être intégralement exécutée. Dans ce cas, l'acheteur reste tenu du prix convenu, bien évidemment pas sur la base de l'art. 66 CV, mais en conformité avec les art. 53 CV ss. Il pourra néanmoins réclamer au vendeur la réparation du préjudice qu'il subit du fait de cette atteinte à sa propriété, selon les règles de responsabilité extra-contractuelle du droit national applicable en vertu des normes de droit international privé (art. 7 al. 2 *in fine* CV). C'est également ce droit national qui déterminera si et le cas échéant à quelles conditions l'acheteur pourra compenser sa dette et sa créance¹⁰⁶.

- ii. Les cas dont le vendeur répond selon les art. 45 CV ss

2.197 Sont également exclus du champ d'application de l'art. 66 CV les cas dans lesquels le vendeur doit répondre selon l'art. 45 CV de la perte ou de la

¹⁰⁵ Voir pour le droit suisse la solution identique présentée *supra*, ch. 2.104.

¹⁰⁶ Cf. dans un sens analogue en droit suisse *supra*, ch. 2.104.

détérioration de la marchandise entre le moment du transfert des risques et celui de la tradition à l'acheteur¹⁰⁷.

Sont notamment visés par là:

- (a) les cas dans lesquels la perte ou la détérioration en cours de transport est due à l'absence de qualifications du transporteur que le vendeur s'était engagé à mandater, ou encore à l'absence de toute instructions particulières du vendeur au transporteur relatives aux précautions indispensables pour le transport et la manutention de la chose, etc¹⁰⁸.
- (b) les cas dans lesquels le vendeur (ou une personne dont il répond) a lui-même causé la perte ou la détérioration de la marchandise, commettant par là une contravention au contrat¹⁰⁹.

Dans ces cas, la responsabilité contractuelle du vendeur est engagée selon l'art. 36 al. 2 CV. L'acheteur ayant les moyens prévus aux art 45 CV ss, il ne supporte pas encore le risque de la prestation, en sorte qu'il ne saurait davantage supporter le risque du prix¹¹⁰. Si l'acheteur ne peut¹¹¹ ou ne veut résoudre le contrat, il reste tenu d'apporter sa propre prestation¹¹². Cela étant, sauf convention contraire, il peut en principe retenir le paiement du prix en conformité de l'art. 58 al. 1 et 3 CV¹¹³. En tout état, si l'acheteur reste débiteur du prix en pareille hypothèse malgré la perte ou la détérioration de la chose après le moment du transfert du risque du prix, ce n'est donc pas sur la base des règles sur le transfert des risques mais bien des règles générales en matière d'exécution des obligations¹¹⁴.

2.198 Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas non plus transfert des risques à l'acheteur lorsque, après le moment du transfert du risque du prix mais avant la tradition à l'acheteur, la chose vendue est altérée ou vient à périr en

¹⁰⁷ Cf. *supra*, ch. 2.177 ss, 2.178.

¹⁰⁸ Cf. art. 36 al. 2 CV et *supra*, ch. 2.174 s.

¹⁰⁹ Si l'acte du vendeur ne constitue pas une telle contravention au contrat, c'est l'art. 66 CV *in fine* qui s'applique, avec pour effet de libérer l'acheteur de son obligation de payer le prix; cf. *supra*, ch. 2.176 ss, 2.190.

¹¹⁰ Cf. *supra*, ch. 2.156.

¹¹¹ Par exemple, la contravention n'est pas essentielle, ou l'acheteur est déchu de son droit. Cf. art. 25 et 49, al. 1, litt. a et al. 2 CV.

¹¹² Cf. art. 81 al. 1 CV a contrario.

¹¹³ Cf. à ce propos HUBER, n. 36 à l'art. 45 CV et les réf. citées.

¹¹⁴ Cf. la solution comparable du droit suisse, *supra*, ch. 2.105 et les renvois.

raison d'un défaut de conformité¹¹⁵ dont elle est affectée et dont le vendeur doit répondre en conformité des art. 36 al. 1 CV et 45 CV ss.

Ici encore, la responsabilité du vendeur selon les art. 36 al. 1 et 45 CV ss, qui confère à l'acheteur divers moyens d'actions, empêche qu'il y ait transfert du risque de la prestation et, partant, du risque du prix au sens de l'art. 66 CV¹¹⁶.

En fonction des droits exercés par l'acheteur dans le cadre de la garantie due par le vendeur (action en réduction du prix selon l'art. 50 CV, ou en livraison de marchandises de remplacement selon l'art. 46 al. 2 CV, ou encore en réparation selon l'art. 46 al. 3 CV), l'acheteur pourra être tenu de verser le prix de la chose, le cas échéant réduit pour tenir compte des défauts dont elle était entachée. Cela étant, malgré l'altération ou la destruction de la chose après le moment du transfert du risque du prix, la base légale de cette obligation de payer le prix n'est donc pas l'art. 66 CV mais bien les règles générales (art. 53 CV ss), corrigées le cas échéant par les règles de calcul particulières en cas d'action minutoire¹¹⁷.

iii. Les cas qui sont dus à une mesure étatique de type confiscatoire imputable au vendeur

2.199 Ne sont pas davantage soumis à l'art. 66 CV les cas dans lesquels la perte ou la détérioration de la marchandise après le moment du transfert des risques sont le résultat d'une mesure étatique de type confiscatoire,

- qui a son origine ou sa cause dans la personne du vendeur, ou encore dans un comportement du vendeur ou d'un tiers dont il doit répondre;
- ou qui n'a fait l'objet d'aucune réserve ni d'aucun avertissement de la part du vendeur lors de la conclusion du contrat, alors qu'il connaissait ou pouvait raisonnablement connaître sa survenance.

Dans le premier cas, selon que l'on peut ou non reprocher au vendeur une inexécution d'obligations contractuelles¹¹⁸, on appliquera soit les art. 45 CV ss, avec pour effet d'empêcher tout transfert des risques, soit l'art. 66 CV *in fine*, avec pour conséquence que, malgré le transfert à l'acheteur du risque du prix, l'implication du vendeur dans la survenance de la

¹¹⁵ Cf. art. 36 al. 1 et 35 CV: défaut *stricto sensu*, insuffisance de l'emballage etc.

¹¹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.174 s.

¹¹⁷ Solution de principe analogue en droit suisse, cf. *supra*, ch. 2.109.

¹¹⁸ Le cas échéant la violation d'une «obligation contractuelle auxiliaire de ne pas causer des entraves à la procédure d'exécution», cf. NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 66 CV.

perte de la marchandise libère l'acheteur de son obligation de payer le prix¹¹⁹. Le droit suisse pour sa part libère également l'acheteur dans ces cas, qu'il qualifie d'incapacité subjective du vendeur, le cas échéant fautive¹²⁰.

S'agissant du second cas, la *culpa in contrahendo* que l'on peut reprocher au vendeur n'étant pas une matière expressément tranchée par la Convention de Vienne, la question doit être réglée selon les principes généraux dont la Convention s'inspire, c'est-à-dire plus particulièrement selon les règles de la bonne foi dans le commerce international¹²¹ et le principe général selon lequel les parties ont l'obligation de s'informer mutuellement de tout fait de nature à influencer sur leur volonté de conclure ou de conclure à certaines conditions particulières¹²². Avec pour conséquence que, selon la Convention de Vienne, le silence du vendeur constitue une violation de ce devoir d'informer, sanctionnée en tout état par des dommages-intérêts conformément aux art. 74 CV ss, voire par une résolution du contrat selon les art. 25 et 49 al. 1 litt. a CV. L'application des règles de la Convention de Vienne sur le transfert des risques est donc également exclue dans ce second cas, ce qui correspond dès lors aussi à la solution consacrée par le droit suisse¹²³.

2.200 Enfin, suivent un régime particulier le cas de la chose vendue, défectueuse au moment du transfert des risques, qui est détruite fortuitement après ce moment¹²⁴ et celui de la chose vendue qui est perdue ou détériorée fortuitement après que le vendeur s'est trouvé en demeure de livrer¹²⁵.

¹¹⁹ Cf. *supra*, ch. 2.185 ss.

¹²⁰ Cf. *supra*, ch. 2.105.

¹²¹ Cf. art. 7 al. 2 CV. La référence aux règles de la bonne foi dans le commerce international n'est pas uniquement un moyen d'interprétation de la Convention réservé par l'art. 7 al. 1 CV mais également un principe général de celle-ci, gouvernant le cas échéant aussi les questions non expressément tranchées par la Convention. Cf. notamment, à ce propos, Herber, n. 15 ss, 33 ss et 36 ss à l'art. 7 CV; VOLKEN, p. 42.

¹²² Cf. HONNOLD, n. 100 à l'art. 7 CV et les réf. citées ainsi que HERBER, n. 38 à l'art. 7 CV.

¹²³ Cf. *supra*, ch. 2.105 *in fine*.

¹²⁴ Cf. *infra*, 3e partie, chapitre 1, ch. 3.29 ss.

¹²⁵ Cf. *infra*, 3e partie, chapitre 3, ch. 3.81 ss.

2. *Le risque de la prestation du vendeur*

aa. Généralités – le moment à compter duquel l'acheteur perd définitivement tout moyen contre le vendeur

2.201 Tant dans le Code des obligations que dans la Convention de Vienne, le transfert à l'acheteur du risque de la prestation apparaît comme une des conditions nécessaires à la mise en œuvre des règles sur le transfert à l'acheteur du risque du prix: avoir le risque du prix, c'est en effet devoir payer le prix d'une chose perdue ou détériorée sans disposer d'aucun moyen contre le vendeur en raison de cette perte ou détérioration¹²⁶.

A l'image de ce que prévoit le Code des obligations, ce n'est pas la norme générale de la Convention de Vienne en matière de transfert des risques – art. 66 CV – qui régit le transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur¹²⁷. A la différence, toutefois, du Code des obligations, la Convention de Vienne ne contient pas de norme générale, comparable à l'art. 119 CO¹²⁸.

Le *principe* du transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur paraît consacré par les art. 35, 36 al. 1 et 2, 45 al. 1, 66 ss et 79 CV¹²⁹, dont la systématique et la *ratio legis* démontrent:

- que la notion d'*inexécution d'obligation* à l'art. 45 CV n'inclut pas les cas d'inexécution visés par les art. 66 ss CV¹³⁰.

¹²⁶ Cf. *supra*, ch. 2.7 pour le droit suisse et 2.156 pour la Convention de Vienne. Cf. aussi SCHÖNLE, in Mélanges Tandogan, p. 264 *in fine*. RUDOLPH, n. 6 à l'art. 66 CV.

¹²⁷ Pour le droit suisse, voir *supra*, ch. 2.6, avec les renvois et les réf. citées. Pour la Convention de Vienne, voir *supra*, ch. 2.155 ss. Voir également SCHÖNLE, in Mélanges Tandogan, p. 264. Voir néanmoins PILTZ, p. 152, ch. 187, qui considère que les art. 66 CV ss règlent indifféremment le transfert des risques du prix et de la prestation du vendeur; il se fonde (de façon contestable vu l'art. 7 al. 1 CV) sur une comparaison avec d'autres ordres juridiques (qu'il ne désigne du reste pas), qui ne feraient apparemment pas la distinction entre le risque du prix et celui de la prestation du vendeur.

¹²⁸ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 2 à l'art. 70 CV.

¹²⁹ Cf. dans un sens analogue la doctrine majoritaire citée par IMBERG, pp. 46 s., n. 233 en bas de page. IMBERG, pour sa part, estime que ce sont avant tout les art. 31 à 34 CV qui règlent le transfert du risque de la prestation (cf. p. 54, ch. 3, et p. 65). S'il est exact que ces normes définissent les *conditions de la livraison* (cf. IMBERG, p. 54), elles ne précisent encore rien quant à la *libération* du vendeur qui a livré la marchandise conformément aux art. 31 à 34 CV. Or, la problématique du risque de la prestation s'articule autour de la question suivante: en cas de problème survenant dans l'exécution de sa prestation, le vendeur est-il tenu d'apporter une nouvelle prestation ou une prestation de remplacement ou de réparation ou, au contraire, est-il libéré de toute obligation? Selon l'approche défendue ici, la réponse à cette question est donnée, non par les art. 31 à 34 CV, mais par la systématique des art. 35, 36, 45 ss, 66 et 79 CV.

¹³⁰ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 2 et 5 à l'art. 66 CV.

- que le vendeur n'est dès lors responsable conformément aux art. 45 ss CV que de ce qui affecte la marchandise avant le moment du transfert du risque du prix tel qu'il est fixé par les art. 67 à 69 CV,
- et que, chaque fois que l'inexécution du contrat ou un défaut de conformité sont dus à un événement qui survient après le moment du transfert du risque du prix et qui n'est pas imputable à un fait du vendeur, la responsabilité du vendeur selon les art. 36 et 45 ss CV est écartée par la *lex specialis* de l'art. 66 CV.

2.202 Ces éléments permettent de déterminer que, selon la Convention de Vienne, le risque de la prestation du vendeur passe toujours à l'acheteur en même temps que lui est «transféré»¹³¹ celui du prix, qu'il s'agisse d'une vente à distance ou sur place, portant sur des corps certains ou des choses de genre.

La responsabilité du vendeur selon les art. 45 CV ss donne à l'acheteur les moyens prévus aux art. 46 à 52 CV, ainsi que la faculté de demander des dommages-intérêts selon les art. 74 à 77 CV (art. 45 al. 1 CV), étant précisé que l'acheteur dispose des moyens prévus aux art. 46 à 52 CV même si le vendeur peut s'exculper conformément à l'art. 79 al. 1 et 2 CV¹³².

Il s'ensuit qu'une perte ou une détérioration, même purement fortuites, de la marchandise *avant* le moment du transfert du risque du prix donnent à l'acheteur, s'il s'agit d'une contravention essentielle au contrat, la faculté de résoudre la vente, voire de réclamer une ou des pièces de remplacement si le contrat porte sur des choses de genre (art. 45 al. 1, 46 al. 2, 49 al. 1 litt. a CV). Si la contravention n'est pas essentielle, l'acheteur n'a en substance que la faculté de demander la réparation de la marchandise, si cette opération n'est pas déraisonnable (art. 46 al. 3 CV), ou la réduction du prix (art. 50 CV). Le fait que le vendeur puisse prouver que la perte ou de la détérioration de la marchandise sont fortuites ne porte aucune atteinte à ces droits de l'acheteur (art. 79 al. 5 CV), mais cette preuve peut libérer le vendeur d'éventuels dommages-intérêts (art. 79 al. 5 CV)¹³³.

En revanche, l'acheteur ne dispose pas des moyens prévus par l'art. 45 al. 1 CV ss si la perte ou la détérioration fortuites de la marchandise surviennent *après* le moment du transfert du risque du prix. Ainsi que cela vient

¹³¹ En réalité, contrairement aux art. 119 al. 3 et 185 CO, qui transfèrent à l'acquéreur le risque du prix qui devrait normalement (art. 119 al. 2 CO) être à la charge du vendeur, l'art. 66 CV, malgré le titre du Chapitre IV de la Convention, ne transfère pas le risque du prix à l'acheteur mais maintient à sa charge l'obligation de payer le prix.

¹³² Cette exonération du vendeur ne le libère en effet que des dommages-intérêts (cf. art. 79 al. 5 CV et. STOLL, n. 54 ss à l'art. 79 CV).

¹³³ Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 8 s. à l'art. 66 CV.

d'être précisé à la lumière de la systématique des art. 45 ss et 66 CV, l'inexécution d'obligation résultant d'une telle perte ou détérioration n'est en effet pas régie par les art. 46 à 52 CV mais par la *lex specialis* de l'art. 66 CV.

Du fait qu'il dispose en toute hypothèse, jusqu'au moment du transfert du risque du prix, de tout ou partie des moyens prévus par les art. 46 à 52 CV, l'acheteur n'a donc pas, avant ce moment, le risque de la prestation du vendeur. Il ne perd ces moyens qu'en cas de perte ou de détérioration fortuite de la chose survenant *après* le moment du transfert du risque du prix.

En d'autres termes, le risque de la prestation du vendeur ne passe jamais à l'acheteur avant celui du prix. Cela étant, il ne peut non plus être mis à sa charge après, puisque son transfert est une condition nécessaire du transfert du risque du prix¹³⁴.

Dans la Convention de Vienne, le risque de la prestation est donc toujours transféré à l'acheteur *en même temps* que celui du prix, soit dès que les conditions des art. 67, 68 ou 69 CV sont réalisées. La systématique des art. 35 s., 45 ss et 66 ss CV révèle donc que les art. 67, 68 ou 69 CV fixent en réalité le moment du transfert des risques de la prestation et du prix.

2.203 Le principe de la simultanéité du transfert des risques de la prestation et du prix s'applique indifféremment aux ventes de choses de genre et à celles de corps certains.

Pour les ventes de *choses déterminées par leur genre*, la Convention de Vienne consacre donc une solution semblable à celle observée ci-dessus en droit suisse¹³⁵.

En revanche, lorsque la vente porte sur un *corps certain*, la solution de la Convention de Vienne diffère totalement de celle du Code des obligations, qui opère pour sa part le transfert du risque de la prestation au moment de la conclusion du contrat¹³⁶.

Cette divergence tient au fait que l'art. 119 al. 1 CO a un effet juridique beaucoup plus large que les diverses dispositions de la Convention de Vienne régissant le risque de la prestation, puisqu'il *libère* expressément le vendeur de *toute obligation* principale, de réparation et de dédommagement pour le cas où l'exécution parfaite de sa prestation originale deviendrait impossible postérieurement à la conclusion du contrat pour une cause dont il n'a pas à répondre. Selon la Convention de Vienne, le vendeur n'est libéré en pareille

¹³⁴ Cf. *supra*, ch. 2.156.

¹³⁵ Cf. *supra*, ch. 2.52 à 2.54.

¹³⁶ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss. Cf. également SCHÖNLE, in HONSELL, n. 1 *in fine* et 4 à l'art. 66 CV.

hypothèse que des dommages-intérêts et de toute éventuelle prestation logiquement impossible, l'acheteur pouvant encore exercer tous les autres moyens à sa disposition (art. 79 al. 5 CV): ainsi, si le corps certain, objet de la vente, est fortuitement perdu ou détérioré après la conclusion du contrat, l'acheteur ne pourra agir ni en dommages-intérêts, puisque le vendeur en est exonéré (art. 79 al. 5 CV), ni en livraison de pièces de remplacement (art. 46 al. 2 CV), puisque le corps certain est *a priori* une pièce unique et qu'une telle action est donc dépourvue d'intérêt juridique¹³⁷; en revanche, l'acheteur pourra toujours réclamer la réparation, si celle-ci est raisonnable (art. 46 al. 3 CV), ou résoudre le contrat, si l'atteinte fortuite à la prestation du vendeur constitue une contravention essentielle au contrat (art. 49 al. 1 litt. a CV), ou encore agir en réduction de prix (art. 50 CV). Or, aussi longtemps qu'il conserve l'un ou l'autre de ces moyens contre le vendeur, l'acheteur n'a pas le risque de la prestation¹³⁸.

Enfin, au vu de ce qui précède et, en particulier, de la lettre des art. 67 à 69 CV, on notera que, dans toutes les ventes de choses de genre ou de corps certains soumises à la Convention de Vienne, le lieu d'exécution des obligations du vendeur a une incidence directe sur la fixation du moment du transfert du risque de la prestation. Dans le Code des obligations, ce lieu n'a expressément une telle incidence que dans les ventes de choses de genre¹³⁹.

bb. Les art. 70 et 79 CV ne sont pas des obstacles au transfert du risque de la prestation, les notions de «contravention essentielle au contrat» (art. 70 CV) et d'«inexécution d'obligation» (art. 79 CV) n'incluant pas les cas visés à l'art. 66 CV

2.204 Selon l'art. 70 CV, si le vendeur a commis une contravention essentielle au contrat, le fait qu'il y ait eu transfert des risques à l'acheteur ne porte pas atteinte aux droits de celui-ci en raison de cette contravention.

Or, en fonction du droit applicable au régime de propriété de la chose vendue, il se peut que la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques survienne avant le transfert de la propriété à l'acheteur, en sorte que l'une des obligations du vendeur selon l'art. 30 CV ne serait ainsi pas exécutée.

¹³⁷ Cf. STOLL, n. 56 à l'art. 79; TALLON, n. 2.10.2 à l'art. 79 CV; CAYTAS, p. 444; HONNOLD, n. 435.5 à l'art. 79 CV; HUBER, n. 15 ss à l'art. 46 CV. MARCHAND, p. 186, ch. 178 et les réf. citées n. 518 en bas de page. C'est le principe «*impossibilium est nulla obligatio*» applicable à la Convention de Vienne selon l'art. 7 al. 2 CV.

¹³⁸ Cf. *supra*, ch. 2.2 ss et 2.156.

¹³⁹ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss, 2.54.

Objectivement, pareille inexécution peut être qualifiée de contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV, ouvrant le cas échéant à l'acheteur les moyens particuliers prévus aux art. 46 al. 2 CV (action en livraison de marchandises de remplacement) et 49 al. 1 litt. a CV (résolution du contrat). Avec pour conséquence, selon l'art. 70 CV, que l'acheteur ne serait pas privé de ces moyens malgré la survenance d'un cas de transfert des risques.

2.205 Il y a donc apparemment dans ce cas particulier une contradiction. On ne peut en effet tout à la fois:

- considérer selon l'art. 66 CV que l'acheteur doit payer le prix de la marchandise qui a été fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques mais avant celui du transfert de propriété, sans disposer de moyens contre le vendeur en raison de cette perte ou détérioration,
- et affirmer par ailleurs selon l'art. 70 CV qu'en raison de cette perte ou détérioration fortuite avant le transfert de propriété de la marchandise, l'acheteur dispose notamment de la faculté de réclamer des marchandises de remplacement ou de résoudre le contrat et peut dès lors se soustraire provisoirement ou définitivement à son obligation de payer le prix.

2.206 La systématique et la *ratio legis* des art. 66 et 70 CV résolvent cette difficulté, en commandant d'interpréter restrictivement la notion de contravention essentielle au contrat à l'art. 70 CV: cette norme ne vise pas les contraventions essentielles qui consistent en une absence de livraison ou une livraison défectueuse en raison d'une perte ou d'une détérioration fortuites de la marchandise après le moment du transfert des risques¹⁴⁰.

2.207 Une réflexion inspirée de celle qui précède, fondée sur la systématique et la *ratio legis* des art. 66 et 79 CV, permet également de régler une éventuelle contradiction entre ces deux dispositions.

L'art. 79 CV a pour effet de permettre au vendeur de s'exonérer de sa responsabilité lorsque l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations

¹⁴⁰ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 2 des remarques préliminaires aux art. 66-70 CV et n. 6 *in fine* à l'art. 66 CV. A noter que l'on parvient à un résultat comparable en considérant que l'acheteur n'a pas les droits énumérés à l'art. 45 al. 1 CV lorsqu'une inexécution du contrat est due à une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques (cf. *supra*, ch. 2.201). Avec pour conséquence qu'en l'absence de tout droit de l'acheteur fondé sur les art. 45 ss CV, l'art. 70 CV ne s'applique pas. Cf. dans un sens analogue NICHOLAS, n. 2.1 à l'art. 66 CV.

est due à un empêchement indépendant de sa volonté, raisonnablement imprévisible au moment de la conclusion du contrat et en outre imparable et insurmontable lors de sa survenance.

Ce faisant, l'art. 79 CV ne libère le vendeur que des dommages-intérêts que l'acheteur aurait pu lui réclamer sur la base des art. 74 CV ss¹⁴¹. Selon l'art. 79 al. 5 CV et nonobstant l'exculpation du vendeur, l'acheteur peut donc toujours faire valoir les autres moyens¹⁴² à sa disposition en cas d'inexécution d'obligations contractuelles.

2.208 Prise à la lettre, la règle de l'art. 79 al. 1, 2 et 5 CV peut contredire l'art. 66 CV, lorsque la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques alors que la propriété n'en a pas encore été transférée à l'acheteur selon le droit applicable à cette question.

En effet, selon l'art. 66 CV, l'acheteur devrait le prix sans plus disposer d'aucun moyen contre le vendeur.

Or, selon l'art. 79 CV, l'acheteur pourrait, au motif que le non-transfert de propriété est une inexécution d'obligation au sens des art. 30 et 79 al. 1 CV et une contravention essentielle au contrat, se départir de celui-ci et ne pas payer le prix¹⁴³, ou encore réclamer la livraison de marchandises de remplacement et retenir provisoirement le paiement du prix¹⁴⁴.

2.209 La systématique et la *ratio legis* des art. 45, 66 et 79 CV permettent de résoudre cette difficulté. Elles révèlent que l'inexécution d'obligations à l'art. 79 al. 1 et 2 CV n'inclut pas les cas d'inexécution soumis à l'art. 66 CV, soit ceux dus à une perte ou une détérioration fortuites de la marchandise après le moment du transfert des risques¹⁴⁵. En effet, une inexécution due à une perte ou une détérioration fortuites de la marchandise après le moment du transfert des risques ne tombe pas sous le coup de l'art. 45 CV. Or, si l'acheteur n'a pas, en pareille hypothèse, les droits énumérés à l'art. 45 al. 1 CV, il n'est donc titulaire d'aucun des «*droits autres que celui d'obtenir des dom-*

¹⁴¹ Cf. art. 79 al. 5 CV; NEUMAYER/MING, n. 13 à l'art. 79 CV; HONNOLD, ch. 435.3 ss à l'art. 79 CV; STOLL, n. 50 ss à l'art. 79 CV.

¹⁴² Aux conditions des art. 45 CV ss, résolution du contrat, exécution du contrat, réparation ou remplacement de la marchandise, réduction du prix: cf. STOLL, n. 54 ss à l'art. 79 CV.

¹⁴³ Art. 79 al. 5, 49 al. 1, litt. a et 25 CV.

¹⁴⁴ Art. 79 al. 5, 46 al. 2 et 25 CV. S'agissant du refus (provisoire) de payer le prix, cf. art. 58 al. 3 et 71 CV.

¹⁴⁵ Cf. SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 7 à l'art. 66 CV.

mages-intérêts» (art. 79 al. 5 CV), avec pour conséquence que rien ne s'oppose à l'application de l'art. 66 CV.

cc. Vue d'ensemble

2.210 Le système des art. 35, 36, 45 ss, 66, 70 et 79 CV est ainsi cohérent.

Quel que soit l'objet de la prestation du vendeur (corps certain ou chose de genre), si ce dernier est empêché, même fortuitement, avant le moment du transfert du risque du prix d'exécuter *«l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente»*, l'acheteur dispose de tout ou partie des moyens prévus aux art. 45 CV ss. Avant le transfert du risque du prix, le risque de la prestation est à la charge du vendeur.

Si l'empêchement fortuit survient après le moment du transfert du risque du prix, le vendeur n'est plus responsable selon les art. 45 CV ss et l'acheteur ne dispose donc plus des moyens prévus par ces normes. L'acheteur doit alors le plein prix convenu (art. 66 CV), sans rien pouvoir réclamer ni opposer¹⁴⁶ au vendeur du fait qu'il ne reçoit pas ou ne reçoit qu'imparfaitement ou incomplètement sa prestation. Les risques de la prestation et du prix sont désormais à la charge de l'acheteur.

Ainsi, dans toutes les ventes soumises à la Convention de Vienne, qu'il s'agisse de ventes sur place ou à distance portant sur des corps certains ou des choses de genre, le moment du transfert du risque du prix est également celui du transfert du risque de la prestation.

¹⁴⁶ Les droits de l'acheteur de retenir le paiement du prix (art. 58 al. 1 et 3 ou art. 71 CV) sont écartés par la *lex specialis* de l'art. 66 CV (cf. *supra*, ch. 2.192 ss).

Section B

Questions particulières en rapport avec le transfert des risques, au regard notamment de celles abordées en droit suisse

a. L'impossibilité objective subséquente d'exécution frappant la prestation du vendeur

1. *Une notion étrangère au transfert des risques selon la Convention de Vienne*

2.211 A la différence du droit suisse, la Convention de Vienne ne fait pas dépendre le transfert du risque du prix de l'impossibilité objective subséquente d'exécution frappant la prestation du vendeur. De ce point de vue, les règles de la Convention de Vienne en matière de transfert des risques sont sensiblement plus aisées à appliquer.

Pour qu'il y ait transfert à l'acheteur du risque du prix selon le Code des obligations, il faut que le vendeur soit libéré de toute obligation selon l'art. 119 al. 1 CO, c'est-à-dire en raison d'une impossibilité objective et subséquente de s'exécuter. Or, on l'a vu, cette notion d'impossibilité est source de complications et d'imprécisions à maints égards: définition lourde¹⁴⁷, inadéquation des solutions dégagées de cette définition dans certains cas¹⁴⁸, délimitation parfois malaisée avec d'autres états de fait dans lesquels le vendeur est également empêché d'apporter tout ou partie de sa prestation¹⁴⁹, nécessité d'étendre artificiellement la notion d'impossibilité en cas de vente de choses de genre¹⁵⁰, etc.

Pour qu'il y ait transfert à l'acheteur du risque du prix selon la Convention de Vienne, il suffit que le vendeur soit libéré de toute obligation¹⁵¹ ensuite d'une perte ou d'une détérioration fortuite de la marchandise survenant après le moment du transfert des risques tel qu'il est défini aux art. 67 à 69 CV. Peu importe donc dans ce contexte que la prestation du vendeur soit encore possible ou non: le vendeur est libéré parce que la Convention de Vienne prévoit qu'il doit l'être à ce moment et à ces conditions-là, et non parce que sa prestation est impossible ou doit être fictivement considérée comme telle.

¹⁴⁷ Cf. *supra*, ch. 2.9 à 2.42.

¹⁴⁸ Cf. *supra*, ch. 2.36 ss.

¹⁴⁹ Par exemple les cas de *clausula rebus sic stantibus*, cf. *supra*, ch. 2.85 ss.

¹⁵⁰ Cf. *supra*, ch. 2.52 s.

¹⁵¹ Cf. *supra*, ch. 2.201 ss.

2. *Une notion dont les effets, hormis en cas de transfert des risques, ne sont pas expressément réglés par la Convention de Vienne*

2.212 La perte ou la détérioration de la marchandise, constitutive d'une impossibilité objective au sens défini ci-dessus dans le cadre de l'étude du Code des obligations, qui survient *après* le moment du transfert des risques à l'acheteur libère le vendeur. Cela étant, il s'agit là de l'effet des art. 66 CV ss – qui consacraient exactement le même résultat si la perte ou la détérioration ne rendaient pas la prestation du vendeur impossible – et non d'une conséquence des règles de la Convention de Vienne en matière d'impossibilité d'exécution.

2.212a Si la prestation du vendeur devient objectivement impossible *avant* le moment du transfert des risques et que celui-ci puisse s'exonérer de toute responsabilité selon l'art. 79 al. 1 et 2 CV, l'art. 79 al. 5 CV libère le vendeur du paiement des dommages-intérêts prévus aux art. 74 à 77 CV mais maintient les autres droits à disposition de l'acheteur, au nombre desquels l'action en exécution réelle de l'obligation du vendeur, l'action en livraison de marchandises de remplacement et l'action en réparation.

Or, lorsque, avant le moment du transfert des risques, le corps certain est perdu, confisqué, détérioré, lorsque le genre convenu ou le stock sur lequel devait être prélevée la marchandise a disparu, lorsque les ventes de marchandises d'un certain genre sont interdites, lorsqu'une réparation est matériellement exclue etc., les actions en exécution réservées par l'art. 79 al. 5 CV, c'est-à-dire l'action en exécution (art. 46 al. 1 CV), celle en livraison de marchandises de remplacement (art. 46 al. 2 CV) ou celle en réparation (art. 46 al. 3 CV) sont vides de contenu et de sens¹⁵². Dans ces cas d'impossibilité, l'inanité de tels moyens résulte à l'évidence de la nature même des choses.

Cela étant, même si elle tombe sous le sens, l'exclusion de l'action en exécution réelle dans ces cas d'impossibilité n'est pas expressément statué par la Convention de Vienne; au contraire, la lettre claire de l'art. 79 al. 5 CV – *«les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention»* – laisse entendre que, même en cas d'impossibi-

¹⁵² Cf. TALLON, n. 2.10.2 à l'art. 79; NEUMAYER/MING, n. 13 à l'art. 79; STOLL, n. 56 à l'art. 79 CV; NICHOLAS, Force majeure and Frustration, pp. 241 s; HUBER, n. 33 à l'art. 28 CV et 15 à l'art. 46 CV. Voir également MARCHAND, p. 186, ch. 178 et les réf. citées n. 518 en bas de page.

lité, l'action en exécution – qui est au nombre des *autres droits* visés par l'art. 79 al. 5 CV – serait maintenue.

La logique impose donc de constater l'existence d'une lacune de la Convention sur ce point¹⁵³, qu'il convient dès lors de combler conformément aux directives de l'art. 7 al. 2 CV. Ce comblement peut intervenir soit en faisant appel au principe de la bonne foi (art. 7 al. 1 CV *in fine*)¹⁵⁴, soit par référence à l'art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT¹⁵⁵ relatifs aux contrats du commerce international, qui peuvent être considérés comme des principes généraux dont la Convention de Vienne s'inspire (cf. art. 7 al. 2 CV)¹⁵⁶. Les deux voies conduisent au même résultat concret: l'adage *impossibilium nulla est obligatio* est l'un des principes généraux dont la Convention de Vienne s'inspire. Cela étant, sur le plan purement dogmatique, le comblement par référence aux Principes UNIDROIT paraît mériter la préférence, le détour par les règles de la bonne foi étant généralement perçu comme une *ultima ratio* à laquelle on recourt lorsqu'il n'existe pas d'autre solution plus directe.

Il faut donc retenir que, dans les cas évoqués ci-dessus, le vendeur est libéré de toute obligation (exécution de la prestation originellement convenue, remplacement ou réparation de la marchandise) dont l'objet est impossible¹⁵⁷. Il est libéré, même si cette impossibilité lui est imputable: le fait que le vendeur soit responsable de la survenance d'un obstacle à l'exécution de sa prestation ne peut en effet donner naissance à aucun moyen dont la mise en œuvre serait logiquement impossible. La faute du vendeur donnera en revanche à l'acheteur un droit à des dommages-intérêts selon les art. 45 al. 1 litt. b et 74 ss CV, dont le vendeur ne pourra pas s'exonérer selon l'art. 79 al. 1 ou 2 CV.

¹⁵³ Cf. dans le même sens PICHONNAZ, p. 415, ch. 1800.

¹⁵⁴ Cf. dans le même sens STOLL, n. 57 à l'art. 79 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 13.6 à l'art. 79 CV; NEUMAYER/MING, n. 8 à l'art. 7 CV.

¹⁵⁵ Art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT: «à défaut pour le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution sauf lorsque (a) l'exécution est impossible en droit ou en fait (...)». C'est notamment la solution préconisée par PICHONNAZ, p. 416, ch. 1804.

¹⁵⁶ Voir à ce propos Principes UNIDROIT, p. 5, ch. 6, et PICHONNAZ, pp. 379 ss, ch. 1641 ss, 1652. Voir également Burkart/Koch, p. 69.

¹⁵⁷ A noter que, si la Convention de Vienne ne consacrait pas la libération du vendeur de son obligation principale lorsque celle-ci est impossible, l'art. 28 CV, devrait, dans des cas de ce genre, permettre aux tribunaux saisis d'une action en exécution fondée sur la Convention de Vienne de ne pas y donner suite, dans la mesure où ils seraient également autorisés à rejeter cette action en vertu de leur loi nationale dans des cas analogues non régis par la Convention. Voir également NEUMAYER/MING, n. 13 *in initio* à l'art. 79 CV. L'inconvénient de cette construction est le risque d'une absence d'uniformité.

2.213 Le sort de la contre-prestation de l'acheteur en cas de libération du vendeur pour cause d'impossibilité n'est pas davantage réglé par la Convention de Vienne.

En principe, le contrat de vente ne prend pas fin du seul fait de la libération du vendeur¹⁵⁸. L'obligation de l'acheteur, pour sa part non affectée par l'art. 79 CV, est donc maintenue. Il s'ensuit qu'il ne peut en être libéré qu'à la condition de résoudre le contrat¹⁵⁹. Conformément à l'art. 49 al. 1, litt. a CV, seule une contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV en autorise la résolution, contravention essentielle qui sera en principe toujours réalisée dans le cas d'une impossibilité affectant une obligation principale du vendeur.

Ce qui importe en cas d'impossibilité frappant la prestation principale du vendeur avant le moment du transfert des risques, c'est que l'acheteur, qui par hypothèse aurait versé d'avance tout ou partie du prix, puisse récupérer son paiement. L'art. 81 al. 2 CV règle expressément cette question, en disposant que «*la partie qui a exécuté le contrat totalement ou partiellement peut réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat*». A la rigueur du texte de la Convention et selon la systématique de celle-ci, l'art. 81 al. 2 CV ne s'applique qu'en cas de résolution. Si l'on devait suivre TALLON et admettre qu'en cas d'impossibilité entraînant la libération du débiteur touché le contrat prend fin *ex lege*, c'est-à-dire sans résolution, le régime juridique de la restitution des prestations déjà effectuées soulèverait des problèmes que la construction préconisée ici en conformité du texte de la Convention ne pose pas¹⁶⁰.

En cas d'impossibilité *partielle* frappant la prestation du vendeur, les actions contre le vendeur en exécution réelle et en dommages-intérêts sont

¹⁵⁸ Dans le même sens PICHONNAZ, p. 417, ch. 1806. *Contra*: TALLON, n. 2.10.2 à l'art. 79 CV, qui considère que le contrat disparaît de toute façon «*by operation of the law*», ce qui est toutefois contraire à la lettre de la Convention de Vienne, qui ne contient aucune disposition qui opère expressément une telle résolution du contrat.

¹⁵⁹ Cf. art. 81 al. 1 CV; PICHONNAZ, p. 417, ch. 1806 s. et les réf. citées, ainsi que p. 418, ch. 1813; cf. également HONNOLD, n. 423.4, 435.2 et 435.4 à l'art. 79 CV, qui considère qu'une partie ne doit jamais perdre son droit de mettre fin au contrat en cas d'inexécution par l'autre.

¹⁶⁰ Cf. à ce propos MARCHAND, p. 186 s., ch. 178, qui considère (n. 519 en bas de page) que l'art. 81 al. 2 CV n'est pas applicable si le contrat n'est pas résolu. Selon lui, si l'on retient la construction de la résolution *ipso iure* du contrat en cas d'impossibilité, il conviendrait de soumettre la restitution du prix déjà payé par l'acheteur à l'art. 81 al. 2 CV *par analogie*. Il paraît néanmoins favorable à ce que l'acheteur déclare résoudre le contrat, en observant que «*la résolution du contrat consistant en droit uniforme en une simple déclaration de volonté, l'exigence d'une résolution du contrat ne (...) paraît pas être excessive et simplifie le rapport de liquidation du contrat*».

exclues, conformément aux principes exposés ci-dessus¹⁶¹. Dans cette hypothèse, l'acheteur devrait en outre avoir la faculté de résoudre le contrat, à tout le moins dans la mesure où l'absence d'une partie de la prestation due constitue une contravention essentielle au contrat dans son ensemble, c'est-à-dire le prive substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre de ce contrat¹⁶².

2.214 Une rapide comparaison entre le Code des obligations et la Convention de Vienne sur les points abordés ici révèle donc qu'en cas d'impossibilité objective subséquente définitive d'exécution, frappant la prestation du vendeur avant le moment du transfert du prix:

- le vendeur est libéré *ipso jure* par l'art. 119 al. 1 CO et l'acheteur par l'art. 119 al. 2 CO;
- le vendeur est également libéré *ipso jure* dans le cadre de la Convention de Vienne, non par une disposition de la Convention mais par les principes généraux dont elle s'inspire, notamment les Principes UNIDROIT. En revanche, la libération de l'acheteur est subordonnée à une résolution du contrat.

b. Exorbitance de la prestation du vendeur

1. *Un état de fait clairement étranger à la question du transfert des risques*

2.215 Cette question avait été abordée dans le cadre de l'étude du Code des obligations¹⁶³ en raison de l'analogie des états de fait et de la similitude des effets juridiques respectifs de l'impossibilité et de l'exorbitance. Il s'agissait donc de vérifier (a) que l'exorbitance de la prestation du vendeur n'était pas régie par les règles sur l'impossibilité¹⁶⁴ et (b) qu'un cas d'exorbitance n'était donc pas susceptible d'entraîner l'application des règles sur le transfert des risques¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cf. dans le même sens PICHONNAZ, p. 386, ch. 1669 s.

¹⁶² Cf. art. 49 al. 1 litt. a et art. 51 al. 2 CV. Voir dans le même sens, TALLON, n. 2.10.3 à l'art. 79 CV. Dans son résultat, la solution est comparable à celle du droit suisse (cf. *supra*, ch. 2.59 ss), qui exige, pour que le contrat soit supprimé ensuite d'une impossibilité partielle, que la prestation restante ait perdu toute signification et valeur pour son créancier.

¹⁶³ Cf. *supra*, ch. 2.85 ss.

¹⁶⁴ Cf. *supra*, ch. 2.90 ss.

¹⁶⁵ Cf. *supra*, ch. 2.92.

Dans la Convention de Vienne, le transfert des risques n'est pas lié à l'impossibilité de la prestation du vendeur mais à la perte ou à la détérioration, après l'un des moments définis aux art. 67 à 69 CV, de la marchandise destinée à l'acheteur. L'état de fait de l'exorbitance¹⁶⁶ ne pouvant être assimilé à une perte ou une détérioration de la chose vendue¹⁶⁷, il paraît donc d'emblée exclu qu'un cas d'imprévision puisse entraîner l'application des art. 66 CV ss.

2. *Excursus: une construction expressément exclue du champ d'application de la Convention de Vienne?*

2.216a La Convention de Vienne règle-t-elle le cas de la prestation qui devient exorbitante en raison de circonstances non imputables aux parties, c'est-à-dire le cas de la prestation dont l'exécution, en soi possible, est rendue difficile à l'excès ou exigerait de son débiteur des sacrifices économiques disproportionnés eu égard à la valeur de la contre-prestation qu'il attend ou qu'il reçoit?

Il semble que, lors des délibérations de la Conférence diplomatique, certains délégués aient proposé d'aligner la Convention de Vienne sur la solution classique de certains régimes juridiques occidentaux et de permettre la modification ou la résiliation du contrat en cas de bouleversement de circonstances¹⁶⁸. Ces propositions n'ont manifestement pas été retenues, mais les motifs de ce rejet ne figurent pas dans les documents officiels de la Conférence diplomatique¹⁶⁹.

2.216b Dans le silence de la Convention de Vienne sur ces questions, NEUMAYER/MING sont d'avis que les juges, confrontés à des problèmes d'exorbitance de l'une ou l'autre des prestations, pourraient appliquer, selon l'art. 7 al. 2 CV, les règles de l'imprévision prévues le cas échéant par le droit interne applicable selon les règles du droit international privé¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cf. *supra*, ch. 2.85.

¹⁶⁷ Cf. *supra*, ch. 2.159 ss.

¹⁶⁸ Cf. à ce propos HONNOLD, *in* *Documentary History*, p. 350, ch. 451 ss. Voir également NEUMAYER/MING, n. 14 à l'art. 79 CV.

¹⁶⁹ Cf. HONNOLD, *in* *Documentary History*, p. 350, ch. 458 à 460. Voir également Documents Officiels, pp. 402 ss, ch. 52 ss, et pp. 408, ch. 42 et 44.

¹⁷⁰ Cf. NEUMAYER/MING, n. 14 à l'art. 79 CV et les réf. citées, ainsi que n. 8, litt. 1, à l'art. 7 CV.

2.216c Cet avis est contredit par deux décisions judiciaires récentes¹⁷¹, de même que par une doctrine importante¹⁷² fondée essentiellement sur le fait que les propositions visant à tenir compte de l'imprévision ont été expressément rejetées lors de la Conférence diplomatique.

Selon cette approche, la Convention de Vienne, en particulier son art. 79, ne laisserait aucune place à la théorie de l'imprévision telle qu'elle est développée dans certains droits nationaux, et il n'y aurait donc pas de lacune au sens de l'art. 7 al. 2 CV susceptible d'être comblée par les solutions, si tant est qu'elles existent, prévues par la loi applicable en vertu des règles du droit international privé¹⁷³.

De l'avis même de ses partisans, cette approche devrait néanmoins être relativisée. Il existerait en effet une limite supérieure aux sacrifices que l'on peut exiger d'un débiteur confronté à un bouleversement fondamental de l'économie du contrat, imposée par les règles de la bonne foi dans le commerce international, qui guident toute l'interprétation et l'application de la Convention de Vienne (art. 7 al. 1 CV *in fine*). A partir d'un certain degré de difficulté d'exécution — qui doit être déterminé de cas en cas eu égard aux circonstances concrètes —, les règles de la bonne foi devraient autoriser la résiliation du contrat ou son adaptation aux nouvelles conditions d'exécution¹⁷⁴. On observera que cette relativisation revient donc à admettre, malgré l'affirmation de principe contraire, l'existence d'une lacune de la Convention de Vienne en présence d'un bouleversement particulièrement lourd.

Sur le plan du résultat, cette approche rejoindrait ainsi la solution consacrée par divers ordres juridiques nationaux. Sur le plan du raisonnement, toutefois, cette construction — qui a été développée essentiellement pour tenir compte des rigueurs dues aux fluctuations des monnaies, mais qui devrait également pouvoir s'appliquer à d'autres situations d'extrême difficulté d'exécution — se fonderait de façon autonome sur les principes généraux dont la Convention s'inspire, notamment celui exprimé à l'art. 6.2.3 des Principes

¹⁷¹ Cf. WITZ, pp. 109 s.

¹⁷² Cf. TALLON, n. 3.1.2 ss à l'art. 79 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 23 à l'art. 79 CV; HERBER, n. 14 à l'art. 4 CV; STOLL, n. 39 à l'art. 79 CV; WITZ, pp. 109 s.

¹⁷³ Cf. dans un sens analogue PICHONNAZ, p. 419, ch. 1817 ss.

¹⁷⁴ Cf. STOLL, n. 40 à l'art. 79 CV; HONNOLD, n. 432.2 à l'art. 79 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 6.3 à l'art. 79 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 8 à l'art. 79 CV. Voir également NEUMAYER/MING, n. 8, litt. 1 à l'art. 7 CV et n. 14 à l'art. 79 CV. Avis (partiellement) contraire chez PICHONNAZ, pp. 418 ss, ch. 1814 ss, qui considère que la Convention de Vienne ne laisse aucune place pour un droit de la partie lésée à une adaptation du contrat: «de lege lata, seule une clause de hardship insérée dans le contrat permet de contraindre les parties à renégocier et adapter le contrat en cas d'exorbitance» (ch. 1823).

UNIDROIT¹⁷⁵, et non sur un droit national applicable par le renvoi des règles de droit international privé.

2.216d Il est exclu de procéder ici à une analyse détaillée de cette question controversée, qui excéderait manifestement le cadre de cette étude. Sur la base des dispositions topiques de la Convention et des avis exprimés en doctrine, on peut brièvement tenter l'esquisse suivante.

La question de départ est de savoir si la Convention de Vienne, soit plus exactement l'art. 79 CV, règle exhaustivement toutes les conséquences des difficultés d'exécution pouvant survenir dans une vente.

Apparemment, de l'avis d'une forte majorité, la réponse est affirmative. La Convention de Vienne ne contient donc pas de lacune dans ce domaine. En particulier, il ne lui manque pas de réglementation du hardship¹⁷⁶. Par voie de conséquence, un comblement de lacune selon l'art. 7 al. 2 CV est exclu. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des Principes UNIDROIT en matière de hardship, en tant qu'ils seraient des principes généraux dont la Convention de Vienne s'inspire.

A partir de là, il faut constater schématiquement ce qui suit:

- à la rigueur du texte légal, l'art. 79 CV permet l'exonération du débiteur d'une prestation dont l'exécution est en soi possible mais exigerait de lui des sacrifices ou efforts excessifs¹⁷⁷. Cela a dès lors pour conséquence que ce débiteur n'est «pas responsable de l'inexécution (...) de ses obligations» (art. 79 al. 1 CV) et que l'action en dommages-intérêts est exclue (art. 79 al. 5 CV), de même que l'action en exécution réelle¹⁷⁸.
- Le débiteur de la prestation exorbitante en est donc libéré mais il ne peut, sans l'accord du créancier, solliciter, voire imposer la renégociation du contrat, cette possibilité n'étant pas donnée par l'art. 79 CV qui règle exhaustivement le domaine de l'impossibilité et de l'exorbitance.

¹⁷⁵ «(1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations (...) (3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. (4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable: (a) mettre fin au contrat (...) (b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations».

¹⁷⁶ Cf. les auteurs cités ci-dessus, ch. 2.216c ainsi que PICHONNAZ, p. 419, ch. 1817 ss, et p. 435, ch. 1899. Voir aussi la décision du Tribunal d'Aix-la-Chapelle (citée ci-dessus; cf. WITZ, p. 110) confirmant qu'un débiteur allemand ne peut invoquer la théorie de l'imprévision développée en droit allemand au motif que cette matière est régie exhaustivement par la Convention de Vienne.

¹⁷⁷ Cf. notamment PICHONNAZ, p. 404, ch. 1753 ss et les réf. citées.

¹⁷⁸ Cf. notamment PICHONNAZ, p. 416, ch. 1804, et p. 436, ch. 1902.

— pour sa part, le créancier d'une prestation exorbitante dont l'exécution réelle ne peut plus être réclamée et qui ne peut obtenir des dommages-intérêts n'a plus guère que la possibilité de résoudre le contrat (art. 79 al. 5, art. 49 al. 1, litt. a et art. 25 CV).

Il résulte de ces quelques points que la Convention de Vienne règle les conséquences de l'exorbitance d'une prestation. Elle prévoit à ce propos en son art. 79 l'une des solutions généralement retenues par d'autres ordres juridiques, à savoir la suppression du contrat, avec cette particularité toutefois que seul le créancier — et non le débiteur — de la prestation exorbitante peut la demander. Comparée à d'autres réglementations en la matière, en particulier aux art. 6.2.1 ss des Principes UNIDROIT, la solution de la Convention de Vienne apparaît assez rigide et peu satisfaisante¹⁷⁹. D'où les modifications pertinentes qui sont proposées *de lege ferenda*¹⁸⁰.

c. Perte ou détérioration imputable à l'acheteur ou aux deux parties

2.217 Si, avant le moment du transfert des risques, un comportement de l'acheteur ou un événement survenant dans sa sphère d'influence entraînent ou favorisent la perte ou la détérioration de la marchandise, l'art. 80 CV empêche que l'acheteur puisse reprocher une inexécution au vendeur et agir contre lui en conséquence¹⁸¹. En sorte que le vendeur devrait être libéré de sa prestation en de pareilles circonstances. Rien ne paraît s'opposer, en revanche, à une action — par exemple en dommages-intérêts ou en paiement — du vendeur contre l'acheteur¹⁸².

Si la marchandise est perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques ensuite, en raison ou à l'occasion d'un comportement de l'acheteur ou d'un événement survenant dans sa sphère d'influence, l'art. 66 CV

¹⁷⁹ Cf. notamment HONNOLD, n. 432.1 à l'art. 79 CV: «(...) Art. 79 may be the Convention's least successful part of the half-century of work towards international uniformity».

¹⁸⁰ Cf. notamment PICHONNAZ, p. 420, ch. 1822.

¹⁸¹ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1.3 *in fine* à l'art. 66 CV. En droit suisse, cet empêchement résulte des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CCS), qui interdisent de *venire contra factum proprium*.

¹⁸² Cf. art. 61 al. 1 CV et les renvois aux art. 62 CV ss et 74 CV ss; le devoir enfreint par l'acheteur peut notamment être l'obligation de s'abstenir de toute entrave à la procédure d'exécution; cf. à ce propos *supra*, ch. 2.183 ss et les réf. citées.

doit s'appliquer¹⁸³: avec pour effet que le vendeur est libéré de sa prestation alors que l'acheteur reste tenu du prix de vente¹⁸⁴.

2.218 Si la perte ou la détérioration de la marchandise — peu importe le moment auquel elle survient — est imputable à un acte ou une omission des deux parties, l'art. 66 CV ne s'applique pas.

Pour le surplus, la Convention de Vienne ne règle pas expressément cette situation. Sur le plan des principes, il semble que l'implication des deux parties dans la survenance de l'événement dommageable justifie que chacune voie ses éventuelles prétentions en dommages-intérêts réduites en considération de sa propre faute¹⁸⁵, à tout le moins lorsque la marchandise est définitivement perdue. Cela étant, vu sa formulation, l'art. 80 CV ne paraît pas empêcher l'acheteur de réclamer l'exécution, si celle-ci est encore possible (livraison d'une marchandise de remplacement, réparation de la marchandise défectueuse); le cas échéant, le prix resterait dû en entier.

¹⁸³ Dans le même sens, AUDIT, p. 92, *ad* n. 3 en bas de page.

¹⁸⁴ Voir *supra*, ch. 2.93 s., la solution tout à fait comparable du droit suisse.

¹⁸⁵ Pour le détail de cette question, cf. NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 80 CV et les réf. citées; voir également *supra*, ch. 2.95, la solution comparable du droit suisse.

Section C

Exceptions aux règles de la Convention de Vienne sur le transfert des risques et correctifs

a. Les exceptions

1. *Les dérogations expresses*

2.219 Les règles de la Convention sur le transfert des risques sont de droit dispositif (art. 6 CV). Les parties peuvent donc librement y déroger et adopter toute autre solution de leur choix, par exemple une construction qui leur serait propre, ou celle d'un autre ordre juridique, ou encore celle prévue par l'un ou l'autre des INCOTERMS¹⁸⁶.

Il y a donc là parfaite équivalence entre le droit suisse et la Convention de Vienne¹⁸⁷.

La solution choisie par les parties peut librement *repousser* le moment du transfert des risques selon les art. 67 à 69 CV ou, au contraire, l'*avancer*¹⁸⁸.

2.220 S'agissant en particulier de la portée d'une dérogation en faveur des INCOTERMS, ce qui a été dit ci-dessus¹⁸⁹ à propos du Code des obligations doit pouvoir être repris ici *mutatis mutandis*. Une référence des parties aux INCOTERMS emporte donc dérogation aux *moments* et/ou aux *lieux* auxquels les art. 67 à 69 CV prévoient que les risques passent à l'acheteur¹⁹⁰.

En revanche, cela semble aller de soi, sur les points non réglés par les INCOTERMS¹⁹¹, ce sont les solutions de la Convention de Vienne qui s'appliquent, nonobstant le choix des parties en faveur d'un INCOTERM.

¹⁸⁶ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 31 à l'art. 66 CV; le même, n. 74 à l'art. 185 CO.

¹⁸⁷ Cf. *supra*, ch. 2.113.

¹⁸⁸ Cf. SCHÖNLE, in HONSELL, n. 29 s. à l'art. 66 CV. A noter – mais la distinction est plus théorique que pratique – que la mesure de cette liberté n'est pas pareille selon le Code des obligations, lorsque la vente porte sur un corps certain; dans ce cas, en effet, le risque de la prestation passe à l'acheteur en tout état lors de la conclusion du contrat, ce qui empêche toute fixation conventionnelle du moment du transfert du risque du prix en deçà de ce moment.

¹⁸⁹ Cf. *supra*, ch. 2.113b ss.

¹⁹⁰ Cf. dans le même sens GEIST, p. 350.

¹⁹¹ Voir chez HONNOLD, in HORN/SCHMITTHOFF, p. 176, les points non réglés par les INCOTERMS. A noter que certaines solutions que l'on rattache à l'art. 66 CV par le biais des art. 7 et 9 CV sont souvent directement ou indirectement inspirées des INCOTERMS; voir par exemple les effets d'une demeure de l'acheteur sur le transfert des risques, *infra*, ch. 2.241 ss.

Ainsi, de façon tout à fait comparable à ce qui a été exposé dans le cadre de l'étude du Code des obligations¹⁹², le sort, le contenu et l'étendue des droits et obligations de chaque partie en cas d'événement fortuit survenant avant ou après le moment du transfert des risques selon l'INCOTERM choisi demeurent régis par la Convention de Vienne, en particulier par l'art. 66 CV.

Le transfert à l'acheteur du risque de la prestation du vendeur n'est donc pas réglé par les INCOTERMS, mais par l'art. 45 CV *a contrario*; cela étant, tout comme en droit suisse, l'INCOTERM choisi pourra le cas échéant déterminer le moment auquel, au plus tard, ce transfert doit avoir lieu¹⁹³.

De même, la définition du caractère fortuit de l'événement en question dépend de la Convention de Vienne (art. 66 CV *in fine*¹⁹⁴) et non des INCOTERMS, et cela quand bien même ce caractère fortuit est une exigence implicite des INCOTERMS¹⁹⁵.

2. Les dérogations implicites¹⁹⁶

aa. Dérogation implicite du fait d'une garantie particulière promise par le vendeur ?

2.221 Selon l'art. 36 al. 2 CV *in fine*, le vendeur est responsable de tout défaut de conformité qui survient après le transfert des risques et qui est imputable à un manquement à une garantie – expresse ou implicite¹⁹⁷ – selon laquelle les marchandises (a) resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial pendant une certaine période, ou (b) conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées.

Qu'en est-il si une détérioration fortuite de la marchandise survenant après le moment du transfert des risques entraîne un défaut de conformité qui ôte à la marchandise l'une ou l'autre de ces qualités que le vendeur a promises? Sauf à priver l'art. 66 CV de toute portée dans un grand nombre de cas, il paraît évident que le caractère fortuit de cette détérioration doit empêcher l'acheteur de se prévaloir de l'art. 36 al. 2 CV et entraîner la libération définitive du vendeur de toute prestation (art. 66 CV)¹⁹⁸, nonobstant les garanties qu'il peut avoir données et la formulation de l'art. 36 al. 2 CV *in fine*.

¹⁹² Cf. *supra*, ch. 2.113 ss, **2.113c**.

¹⁹³ Cf. *supra*, ch. 2.113d et 2.201 ss.

¹⁹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.176 ss.

¹⁹⁵ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 35.

¹⁹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.114 ss, les développements correspondants en droit suisse.

¹⁹⁷ Cf. notamment SCHWENZER, n. 8 à l'art. 36 CV.

¹⁹⁸ Cf. *supra*, ch. 2.201 ss.

Le bon sens commande donc de lire l'art. 36 al. 2 CV d'une façon restrictive, en ce sens que le défaut de conformité dont il y est question ne doit pas avoir sa source dans un événement fortuit survenant après le moment du transfert des risques. Dans cette mesure, une éventuelle garantie du vendeur que la marchandise ne s'altérera pas ou restera propre à un certain usage ne contient aucune dérogation aux règles de la Convention de Vienne en matière de transfert des risques.

2.222 L'engagement du vendeur d'obtenir les autorisations nécessaires à l'exportation (ou à l'importation) de la marchandise ne constitue en principe pas une dérogation aux règles de la Convention de Vienne fixant le moment du transfert des risques¹⁹⁹.

Ce résultat est peut-être plus évident dans le cadre de la Convention de Vienne qu'en droit suisse, dans la mesure où la Convention de Vienne ne fait pas dépendre le transfert des risques de l'impossibilité de la prestation du vendeur.

Reprenons l'exemple examiné à propos du droit suisse: le vendeur doit remettre la chose du genre convenu à un transporteur indépendant en un lieu déterminé avant le passage de la frontière et s'engage en outre à obtenir les autorisations nécessaires à l'exportation et/ou à l'importation de la marchandise.

En principe, dans ce cas, le transfert des risques de la prestation et du prix a lieu lors de la remise de la marchandise individualisée au transporteur au lieu déterminé²⁰⁰, la promesse du vendeur d'obtenir les autorisations d'exporter ou d'importer ne devant rien changer à ce principe général.

Le vendeur a en effet exclusivement accepté d'assumer les conséquences (a) de toute perte ou détérioration de la marchandise survenant avant la remise au transporteur et (b) de toute inexécution liée à la non-délivrance des autorisations nécessaires au franchissement de la frontière. Cela signifie que si, après sa remise au transporteur mais avant le passage de la frontière, la marchandise est perdue, volée, détruite ou détériorée, cela survient aux risques de l'acheteur puisque (a) ce n'est pas une perte ou détérioration survenant avant la remise au transporteur et (b) ce n'est pas davantage un empêchement dû à la non-délivrance des autorisations.

C'est du reste également la solution consacrée par les INCOTERMS, qui définissent pour chaque clause le moment et éventuellement le lieu du transfert des risques à l'acheteur (clauses A5/B5), sans que l'engagement de l'une

¹⁹⁹ Voir *supra*, ch. 2.122, la conclusion analogue en droit suisse.

²⁰⁰ Cf. art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, et *infra*, IV.

ou de l'autre des parties d'obtenir à ses risques et frais les autorisations nécessaires (clauses A2/B2) ne viennent modifier cette répartition²⁰¹.

Avec pour conséquence que, sauf convention expresse contraire, l'engagement du vendeur d'obtenir les autorisations nécessaires à l'exportation ou à l'importation des marchandises ne contient en principe aucune dérogation à la réglementation de la Convention de Vienne en matière de transfert des risques, en particulier aucun retardement du moment du transfert des risques.

Cela étant, que se passe-t-il si la marchandise vient à périr fortuitement après que l'une ou l'autre des autorisations a été refusée?

Si l'obtention de l'autorisation refusée incombait au vendeur, l'acheteur dispose des moyens prévus aux art. 45 ss CV, en particulier du droit de résoudre le contrat dans la mesure où la non-obtention de l'autorisation constitue une contravention essentielle (art. 49 al. 1, litt a et art. 25 CV). Auquel cas ces droits demeurent acquis à l'acheteur malgré la perte fortuite survenant après le transfert des risques²⁰².

Si l'obtention de l'autorisation incombait à l'acheteur, la détérioration fortuite après le moment du transfert des risques permet au vendeur de réclamer à l'acheteur le prix convenu (art. 66 CV), sauf si, après le refus de l'autorisation mais avant la survenance de l'événement fortuit, le vendeur avait déjà résolu le contrat en conformité de l'art. 64 al. 1, litt. a CV.

2.223 Quid lorsque, dans une vente à distance, le vendeur *garantit l'arrivée régulière de la marchandise en un lieu de destination particulier?*

Bien que la Convention de Vienne ne le dise pas expressément, pareil engagement paraît logiquement impliquer, à l'instar de ce qui a été dit ci-dessus en droit suisse²⁰³, que l'acheteur puisse réclamer au vendeur, en cas d'absence de l'élément garanti, qu'il le replace dans une situation économiquement comparable à celle qui aurait été la sienne si la promesse avait été tenue.

Concrètement, si les marchandises sont perdues ou détériorées (même fortuitement) au cours du transport garanti par le vendeur et qu'il s'agisse de

²⁰¹ A noter que, dans la mesure où cette solution des INCOTERMS constitue un usage commercial international largement répandu dans la branche considérée et dont les parties avaient ou auraient dû avoir connaissance, celles-ci peuvent être réputées s'y être tacitement référées (art. 9 al. 2 CV). Cf. à ce propos VON HOFFMANN, p. 280 et GEIST, p. 350, litt. A *in fine*.

²⁰² Cf. art. 70 CV et *infra*, 3e partie.

²⁰³ Cf. *supra*, ch. 2.123.

choses dont le genre existe encore, le vendeur devrait pouvoir être actionné en exécution, c'est-à-dire en livraison d'une chose de remplacement²⁰⁴.

S'il s'agit de marchandises ne pouvant être remplacées — un corps certain ou des choses d'un genre épuisé —, le vendeur devrait à tout le moins des dommages-intérêts incluant le gain manqué, sa garantie expresse l'empêchant de bonne foi de s'exonérer selon l'art. 79 CV²⁰⁵.

Puisque l'acheteur dispose de moyens contre le vendeur en raison de sa garantie, il ne peut être question de transfert des risques²⁰⁶, et cela même si, sans aucune responsabilité du vendeur, la marchandise ne parvient pas au lieu de destination convenu ou n'y parvient qu'en partie ou en mauvais état en raison d'un événement survenu après le moment auquel les risques auraient normalement dû passer à l'acheteur. Les art. 66 CV ss ne doivent donc pas trouver à s'appliquer aussi longtemps que court la garantie du vendeur pour le transport, qui contient donc dans cette mesure une dérogation implicite aux règles générales sur le transfert des risques²⁰⁷.

bb. Dérogation implicite du fait de la stipulation d'une clause d'attribution des coûts du transport?

2.224 Sauf portée contraire déduite le cas échéant de l'interprétation²⁰⁸, il semble qu'une clause contractuelle par laquelle les parties conviennent que le vendeur supportera les frais du transport jusqu'à un certain lieu déterminé n'implique en principe pas prise en charge par le vendeur du risque du transport, ni, par voie de conséquence, dérogation en faveur de l'acheteur aux règles sur le transfert des risques²⁰⁹.

²⁰⁴ Art. 46 al. 1 et 2 CV, appliqué le cas échéant par analogie, l'inexécution de la prestation garantie pouvant être considérée comme une contravention essentielle au contrat.

²⁰⁵ Art. 7 al. 1 et 74 CV. Voir *supra*, ch. 2.123, la solution comparable du droit suisse.

²⁰⁶ Cf. *supra*, ch. 2.156 et 2.176 ss et les réf. citées.

²⁰⁷ Cf. *supra*, ch. 2.123 *in fine*, la solution comparable du droit suisse.

²⁰⁸ Cf. principalement art. 8, voire art. 9 CV.

²⁰⁹ Cf. dans un sens analogue HUBER, n. 65 à l'art. 31 CV; voir aussi *supra*, ch. 2.115 ss, la solution comparable du droit suisse. A noter, à ce propos, que, dans une cause soumise à la Convention de Vienne (cf. NJW-RR, 1993, cahier 21, pp. 1316 s.), le Oberlandesgericht (OLG) de Karlsruhe a interprété une clause «Frei Haus» utilisée par un vendeur français dans ses rapports contractuels avec un acheteur allemand comme n'étant pas une simple clause d'attribution des coûts du transport jusqu'au domicile de l'acheteur mais comme impliquant également que les risques étaient à la charge du vendeur jusqu'à la remise de la marchandise à l'acheteur à son domicile, et cela quand bien même la marchandise avait été confiée par le vendeur à un transporteur indépendant. Les circonstances retenues par l'OLG Karlsruhe étaient notamment le fait que le vendeur avait conclu pour lui-même une assurance transport et que, sous le couvert de la même clause *Frei Haus*, il avait à de nombreuses reprises, par le passé, procédé lui-

cc. Dérogation implicite du fait de la stipulation d'une dette portable ou d'une dette sujette à expédition?

2.225 Ainsi que cela sera exposé en détail ci-après²¹⁰, les cas de dettes portables dans les ventes de choses de genre ou de corps certains, ou encore de dettes sujettes à expédition dans la vente de corps certains sont expressément visés par la Convention de Vienne et y font dès lors l'objet de solutions légales particulières, du reste sensiblement comparables à celles proposées dans la présente étude dans le cadre du droit suisse.

dd. Dérogation implicite du fait d'une stipulation «prix contre marchandise»?

2.225b A l'image de ce qui a été observé ci-dessus en droit suisse²¹¹, une stipulation «*prix contre marchandise*», ou tout autre clause faisant dépendre le paiement de la fourniture des marchandises, ne doit en principe pas être considérée comme une dérogation aux règles sur le transfert des risques.

En effet, une telle clause ne fait *a priori* que confirmer le principe du synallagma exprimé à l'art. 58 al. 1 CV, auquel les art. 66 ss CV dérogent. Il n'y a dès lors pas de motif qu'une clause contractuelle de même contenu que l'art. 58 CV puisse l'emporter sur les art. 66 ss CV²¹².

même au convoyage de la marchandise jusqu'à l'acheteur. Conformément aux règles de l'art. 8 CV, l'OLG Karlsruhe a déduit de ces comportements du vendeur et des habitudes qui s'étaient établies entre les parties que celles-ci n'avaient pas en vue une vente impliquant transport des marchandises au sens des art. 31 litt. a et 67 CV et considéraient la clause *Frei Haus* comme une règle de transfert des risques à l'acheteur lors de la mise des marchandises à sa disposition à son domicile. Si l'on peut approuver le résultat auquel l'OLG Karlsruhe est parvenu au vu des circonstances du cas, on doit s'étonner qu'il ait jugé nécessaire de recourir en outre à une interprétation de la clause *Frei Haus* selon les principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence allemandes. Cette référence nationale, outre qu'elle paraît contestable dans ce contexte, était inutile dans la mesure où les circonstances retenues par le tribunal pouvaient parfaitement justifier à elles seules sa solution, sur la base des règles d'interprétation de l'art. 8 CV.

²¹⁰ Cf. *infra*, IV.

²¹¹ Cf. *supra*, ch. 2.124b.

²¹² Voir également HONNOLD, n. 361 à l'art. 66 CV, n. 2 en bas de page.

3. *Exception aux règles sur le transfert des risques en raison de circonstances particulières?*

2.226 La Convention de Vienne ne réserve pas expressément d'exceptions aux règles sur le transfert des risques découlant de *circonstances particulières*, dont la portée dérogatoire serait laissée à la libre appréciation d'un juge.

Seule, une référence de ce genre est faite à l'art. 68 CV, dont la deuxième phrase réserve une dérogation à la règle de transfert des risques contenue dans la première lorsque les «*circonstances l'impliquent*». Il ne s'agit cependant pas d'une exception générale destinée à s'appliquer à toutes les hypothèses visées aux art. 66 à 70 CV. Ce cas particulier sera dès lors examiné ci-après, 4e partie, chapitre 3.

Il n'est néanmoins pas sans intérêt d'analyser comment la Convention de Vienne réglerait les cas particuliers évoqués dans le cadre de l'étude du Code des obligations²¹³.

aa. La vente de la chose à plusieurs acheteurs différents

2.227 Ainsi que cela a été fait ci-dessus dans le cadre de l'étude du Code des obligations²¹⁴, il convient de distinguer selon que la marchandise, qui a été parallèlement vendue à plusieurs acheteurs différents, a été fortuitement *perdue* ou *détériorée* après le moment du transfert des risques.

2.228 Si la chose vendue parallèlement à plusieurs acheteurs différents vient à être *perdue* fortuitement après le moment du transfert des risques, le point de départ du raisonnement doit être le principe du non-enrichissement du vendeur: le vendeur ne devrait en aucun cas être autorisé à en réclamer le prix *entier* à chacun des acheteurs. Pareil cumul serait à l'évidence contraire aux principes généraux, notamment aux règles de la bonne foi, sur lesquels la Convention de Vienne se fonde (art. 7 al. 2 CV)²¹⁵.

Reste à rechercher si le vendeur a néanmoins droit à ce que le prix de vente lui soit payé dans ce cas, soit par un acheteur déterminé, soit à parts égales par tous les acheteurs.

²¹³ Cf. *supra*, ch. 2.125 ss.

²¹⁴ Cf. *supra*, ch. 2.127 ss.

²¹⁵ Voir *supra*, ch. 2.128, la solution identique du droit suisse.

2.229 Sur ce point, la Convention de Vienne et les principes généraux sur lesquels elle se fonde doivent permettre une argumentation sensiblement comparable à celle présentée en droit suisse²¹⁶.

La nécessité d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international (art. 7 al. 1 CV *in fine*) commande d'ajouter aux obligations du vendeur expressément énoncées à l'art. 30 CV au moins trois devoirs accessoires, que la vente multiple de la marchandise enfreint assurément²¹⁷:

- celui de s'abstenir, après la conclusion du contrat, de tout acte pouvant compromettre ou menacer la réalisation du but contractuel²¹⁸;
- celui de s'organiser de sorte à éviter les ventes multiples;
- enfin, celui d'informer ses cocontractants²¹⁹.

A l'égard du premier acheteur, le vendeur qui revend la marchandise une nouvelle fois viole les deux premiers devoirs accessoires rappelés ci-dessus. A l'égard des acheteurs ultérieurs, le vendeur enfreint en tout cas les deuxième et troisième devoirs, voire le premier.

En l'absence de toute perte fortuite, ces contraventions auraient causé à tous les acheteurs sauf un – celui auquel la marchandise est livrée – un préjudice tel qu'elles les auraient privés substantiellement de ce qu'ils étaient en droit d'attendre du contrat, sans que le vendeur puisse apporter la preuve libératoire prévue par l'art. 25 CV *in fine*. Elles auraient donc été qualifiées de contraventions essentielles au sens de l'art. 25 CV.

La perte fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques ne doit rien changer à ce résultat: dans la mesure où la marchandise n'est livrée à aucun des acheteurs et qu'il n'est pas possible de déterminer avec précision celui auquel elle aurait été offerte²²⁰, il faut considérer que le vendeur a commis des contraventions essentielles à l'égard de chacun des acheteurs. En l'absence d'une base légale expresse dans ce sens dans la Convention de Vienne, ce résultat découle nécessairement d'une analyse de la Convention fondée sur les règles générales de la bonne foi dans le commerce

²¹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.134 et les réf. citées.

²¹⁷ Sur les devoirs accessoires déduits des règles de la bonne foi, cf. notamment HERBER, n. 37 s. à l'art. 7 CV.

²¹⁸ Cf. également NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 66 CV.

²¹⁹ Cf. HONNOLD, n. 100 à l'art. 7 CV; HERBER, n. 38 à l'art. 7 CV.

²²⁰ Si une telle possibilité existe – par la production, par exemple, d'un titre de transport attestant que la marchandise était destinée à tel acheteur précisément désigné –, il faut admettre que celui-ci supporte le risque du prix, sans pouvoir en principe se prévaloir de la faute contractuelle commise par le vendeur en revendant plusieurs fois la même chose.

international, en particulier sur l'idée qu'il appartient à toute partie qui prend le risque de créer une situation confuse d'en supporter toutes les conséquences.

2.230 En sorte que chacun des acheteurs dispose, en raison de ces contraventions (essentiels) du vendeur à ses divers devoirs accessoires, des moyens prévus aux art. 45 CV ss²²¹. En particulier, chacun d'eux peut résoudre la vente (art. 49 al. 1, litt. a CV), refuser de payer le prix et réclamer la restitution de toute éventuelle prestation déjà exécutée (art. 81 al. 1 et 2 CV), et demander des dommages-intérêts (art. 74 CV ss)²²², ces droits pouvant être exercés même en cas de perte fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques²²³.

2.231 Si la marchandise est fortuitement *détériorée* après le moment du transfert des risques (et non pas perdue ou détruite), la solution diffère quelque peu de ce qui précède dans la mesure où l'épave est offerte à l'un des acheteurs. Avec pour conséquence que le risque du prix de la chose défectueuse est en principe à la charge de celui-ci, sans qu'il puisse se prévaloir de la faute contractuelle commise par le vendeur en revendant plusieurs fois la même marchandise.

S'agissant des autres acheteurs en revanche, la situation est en tous points identique à celle exposée ci-dessus en cas de perte fortuite.

2.232 Au vu de ce qui précède, il apparaît que, tout comme en droit suisse, les fautes commises par le vendeur qui revend plusieurs fois la même marchandise permettent en principe aux divers acheteurs, en cas de perte ou de détérioration fortuite de cette marchandise après le moment du transfert des risques, de se soustraire aux règles sur le transfert des risques, exception faite de l'acheteur auquel l'épave est concrètement offerte ou auquel il est établi que la chose aurait été effectivement livrée.

²²¹ Appliqués le cas échéant par analogie à la violation de devoirs accessoires; cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 8, litt. e, à l'art. 7 CV. Voir en outre chez CORTESI, pp. 136 s., la solution générale analogue qu'il donne au problème, sans toutefois distinguer la perte de la simple détérioration de la marchandise.

²²² Etant précisé que le vendeur ne pourra pas apporter la preuve libératoire de l'art. 79 al. 1 ou 2 CV.

²²³ Cf. art. 70 CV et *infra*, 3e partie.

bb. Mesures prises par le vendeur après le moment du transfert des risques

2.233 On s'est demandé ci-dessus, dans le cadre du droit suisse, si, d'une façon générale, des mesures prises par le vendeur après le moment du transfert des risques, qui modifieraient le déroulement de la livraison tout en privant l'acheteur de toute possibilité d'intervenir pour écarter un éventuel dommage, ne devraient pas être considérées comme des circonstances particulières justifiant une dérogation aux principes de l'art. 185 CO pour le cas où, suite à cette modification, la marchandise serait fortuitement détériorée, perdue, détruite ou volée²²⁴.

Trois exemples avaient été évoqués:

- a. dans une vente à distance (sujette à expédition), le vendeur, averti de difficultés dans l'acheminement par le moyen de transport convenu, ordonne au transporteur auquel il a déjà remis la marchandise d'interrompre le transport en cours et d'acheminer la cargaison par un autre moyen; pendant le chargement à bord du nouveau moyen choisi, la marchandise est fortuitement détériorée;
- b. dans une vente du même type, le vendeur, averti d'une insolvabilité de l'acheteur, instruit le transporteur d'interrompre le convoi et de ne pas délivrer la marchandise à l'acheteur, tant que celui-ci n'a pas fourni des sûretés suffisantes; pendant cette interruption, la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée;
- c. dans une vente du même type, le vendeur, craignant d'avoir livré des marchandises défectueuses et voulant encore vérifier leur état, fait interrompre le transport par route en cours; pendant cette opération, une partie de la cargaison est fortuitement détériorée.

2.234 Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus lorsqu'il s'agissait de définir le *fait du vendeur* réservé par l'art. 66 CV *in fine*, la mesure prise par le vendeur dans le premier cas a été ordonnée principalement dans l'intérêt de l'acheteur, auquel le vendeur voulait éviter autant que possible une livraison tardive. Ce fait commande que l'acheteur supporte le risque d'une perte fortuite survenant pendant ce transbordement, même si celle-ci a été indiscutablement favorisée par le fait du vendeur²²⁵.

²²⁴ Cf. *supra*, ch. 2.134 s. et les réf. citées.

²²⁵ Cf. *supra*, ch. 2.188. Voir également *supra*, ch. 2.135, *ad litt. a*, la solution comparable du droit suisse.

Dans le deuxième cas, la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée pendant une interruption de son transport ordonnée par le vendeur conformément à son *right of stoppage in transitu* selon l'art. 71 al. 2 CV. Cette interruption nécessitée par un fait ou une attitude de l'acheteur²²⁶ ne justifie pas que celui-ci soit libéré de son obligation de payer la prix selon l'art. 66 CV²²⁷. En revanche, si l'interruption est en définitive injustifiée, le vendeur ne peut réclamer le prix à l'acheteur au titre du transfert des risques (art. 66 CV *in fine*), même si la perte ou la détérioration de la marchandise est survenue fortuitement après le moment du transfert des risques²²⁸.

Dans le troisième cas, une perte ou une détérioration fortuites survenant à l'occasion d'une mesure visant avant tout à sauvegarder les intérêts du vendeur – telle une interruption pour s'assurer de l'état des marchandises et éviter de se voir reprocher ultérieurement une contravention au contrat – ne doivent pas intervenir aux risques de l'acheteur. La perte ou la détérioration, bien que fortuites, ont été favorisées par un acte que le vendeur aurait pu accomplir encore avant la remise au transporteur. Ces circonstances doivent donc justifier la libération de l'acheteur conformément à l'art. 66 CV *in fine*²²⁹.

cc. La demeure de l'une des parties

i. La demeure du vendeur

2.235 Un retard du vendeur dans l'exécution de son obligation de livraison au sens des art. 31 et 32 CV – qui est apparemment, dans la Convention de Vienne, son obligation principale – a-t-il une influence sur le transfert des risques?

La réponse est en principe positive dans la mesure où les art. 67 et 69 CV²³⁰ font dépendre le transfert des risques de l'exécution de l'obligation de livraison conformément aux art. 31 et 32 CV²³¹. En sorte qu'en règle gé-

²²⁶ Cf. art. 71 al. 1 litt. a et b CV.

²²⁷ Cf. *supra*, ch. 2.188 et les réf. citées.

²²⁸ Cf. dans le même sens HUBER, n. 45 à l'art. 31 CV.

²²⁹ Cf. dans le même sens *supra*, ch. 2.189 et NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 66 CV, *ad* note 18 en bas de page. Voir également *supra*, ch. 2.135, *ad* litt. b, la solution analogue dégagée en droit suisse.

²³⁰ Il n'est en réalité pas nécessaire d'examiner l'art. 68 CV dans ce contexte, dans la mesure où, dans la vente de marchandises en cours de transport, le vendeur n'a plus à proprement parler d'obligation de livraison qu'il puisse exécuter en retard. Il reste tenu d'une obligation plus théorique que pratique, celle de mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur à bord du moyen de transport où elles se trouvent déjà; cf. HUBER, n. 83 à l'art. 31 CV.

²³¹ Cf. dans le même sens HUBER, n. 13 à l'art. 31 CV; voir également Guide des INCOTERMS, commentaire des diverses clauses A5.

nérale, un retard dans la livraison au sens des art. 31 ss CV décalera d'autant le passage des risques à l'acheteur.

Sans aborder ici le détail des art. 67 ss CV²³², on peut, sommairement et selon la nature de la dette du vendeur, dégager les parallèles généraux suivants entre les règles sur la livraison et celles sur le transfert des risques.

2.236 Dans les *ventes de corps certains* impliquant transport des marchandises, dans lesquelles aucun lieu particulier n'a été prévu pour la livraison, le vendeur aura satisfait à son obligation de livraison lorsqu'il aura remis les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur (art. 31, litt. a CV). C'est également à ce moment que les risques passent à l'acheteur (art. 67 al. 1, 1^{ère} phrase CV). Si un lieu particulier a été prévu pour la remise au transporteur, l'obligation de livraison n'est exécutée qu'au moment où le vendeur remet la marchandise au transporteur en ce lieu²³³, ce qui est également le moment auquel les risques de la prestation et du prix sont transférés à l'acheteur selon l'art. 67 al. 1, 2^e phrase CV.

Dans les *ventes de choses de genre* impliquant transport des marchandises, dans lesquelles les parties ne sont convenues d'aucun lieu particulier de livraison, l'obligation de livraison ne sera correctement exécutée qu'au moment où le vendeur aura remis au premier transporteur pour transmission à l'acheteur une marchandise individualisée, c'est-à-dire «*clairement identifiée aux fins du contrat par l'apposition d'un signe distinctif (...), par des documents de transport ou par tout autre moyen*», notamment par un «*avis [à l'acheteur] de l'expédition en désignant spécifiquement les marchandises*»²³⁴. Or, selon l'art. 67 al. 1, 1^{ère} phrase, et al. 2 CV, c'est également à ce moment que les risques de la prestation et du prix passeront à l'acheteur. Si les parties sont convenues d'un lieu particulier pour cette remise au premier transporteur, la livraison ne sera parfaite qu'au moment de la remise en ce lieu des choses de genre individualisées²³⁵, ce qui correspond également au moment du transfert des risques dans un cas de ce type²³⁶.

²³² Voir à ce propos *infra*, 4^e partie.

²³³ Cf. HUBER, n. 32 à l'art. 31 CV.

²³⁴ Cf. art. 31 litt. a et 32 al. 1 CV.

²³⁵ Cf. HUBER, n. 32 à l'art. 31 CV.

²³⁶ Cf. art. 67 al. 1, 2^e phrase et al. 2 CV.

2.237 Si la dette du vendeur est stipulée *portable jusqu'en un certain lieu*, auquel l'acheteur doit en prendre livraison, l'obligation de livraison du vendeur consiste à mettre les marchandises — le cas échéant individualisées — à la disposition de l'acheteur en ce lieu²³⁷. C'est également à ce moment que les risques de la prestation et du prix passent à l'acheteur selon l'art. 69 al. 2 CV.

2.238 Lorsque la vente n'implique pas transport des marchandises et que, lors de la conclusion du contrat, les parties savent que la chose vendue se trouve ou doit encore être fabriquée en un lieu particulier, l'obligation de livrer du vendeur se limite à une mise à disposition de la marchandise en ce lieu (art. 31 litt. b CV).

Dans les autres cas visés par l'art. 31 litt. c CV, le vendeur exécute son obligation de livrer en mettant la marchandise à la disposition de l'acheteur au lieu où il avait son établissement lors de la conclusion du contrat. Selon les cas, le vendeur peut avoir, au titre de son obligation de livrer, le devoir supplémentaire d'aviser l'acheteur de la mise à disposition²³⁸.

Dans le premier cas, c'est au moment de cette mise à disposition et, le cas échéant, de l'avis correspondant à l'acheteur que l'art. 69 al. 2 CV opère le transfert des risques de la prestation et du prix; dans le deuxième cas, ces risques ne passent que lors du retrait effectif de la marchandise par l'acheteur ou de sa demeure d'acceptation (art. 69 al. 1 CV).

2.239 Enfin, si la dette est *portable stricto sensu* jusqu'au domicile ou à l'établissement de l'acheteur, le vendeur a l'obligation de la livrer en ce lieu²³⁹. Dans ce cas, le transfert des risques de la prestation et du prix s'aligne sur la règle de l'art. 69 al. 2 CV: il a lieu au moment où l'acheteur sait que la marchandise est à sa disposition à l'endroit convenu.

2.240 Dans tous ces cas, que la vente porte sur des corps certains ou des choses de genre, on constate que les risques de la prestation et du prix ne peuvent passer à l'acheteur qu'à la condition préalable que le vendeur ait exécuté son obligation de livraison conformément aux art. 31 CV ss. En d'autres termes, tout retard dans l'exécution de cette obligation reportera

²³⁷ Cf. HUBER, n. 80 à l'art. 31 CV et les réf. citées. A noter que, dans la première édition de son commentaire de l'art. 31 CV, HUBER réglait ce cas par application analogique de l'art. 31 litt b CV (1ère éd., n. 88 à l'art. 31 CV).

²³⁸ Cf. Documents Officiels, p. 31, ch. 16 du commentaire du Secrétariat de la CNUDCI à l'art. 29 du Projet de Convention (actuel art. 31 CV). Voir aussi *infra*, 4e partie.

²³⁹ Cf. notamment HUBER, n. 80 à l'art. 31 CV.

d'autant le moment du transfert des risques²⁴⁰, étant encore précisé que l'acheteur n'aura concrètement les risques en cas de demeure du vendeur que si celle-ci n'est pas imputable à ce dernier²⁴¹.

ii. La demeure de l'acheteur

2.241 On peut partir ici de la même distinction qu'en droit suisse²⁴², entre le refus de la prestation régulièrement offerte par le vendeur et le refus d'accomplir des actes préparatoires nécessaires à l'exécution par le vendeur de tout ou partie de ses obligations.

2.242 Dans les hypothèses des art. 67, 68 et 69 al. 2 CV, un *refus* par l'acheteur de la prestation qui lui est régulièrement et personnellement offerte ou mise à disposition interviendra en bonne logique *après* le moment auquel ces normes opèrent le transfert des risques. En sorte que, tout comme en droit suisse²⁴³, un refus de la marchandise par l'acheteur ne déroge en principe pas aux règles sur le transfert des risques.

Une remarque particulière doit être faite en rapport avec l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase, dans lequel c'est précisément le refus de l'acheteur de prendre livraison des marchandises mises à sa disposition qui opère le transfert des risques. A compter de ce moment, l'acheteur supportera les risques (a) de tout cas fortuit dont le vendeur ne doit pas répondre au titre d'une violation de son obligation de garde selon l'art. 85 CV²⁴⁴ et (b) de tout cas de force majeure. En dérogation à la 1ère demi-phrase, l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-

²⁴⁰ Selon le Code des obligations (cf. *supra*, ch. 2.138 ss), la demeure (non fautive) du vendeur retarde également le moment du transfert des risques de la prestation et du prix, lorsque la vente porte sur des choses de genre (cf. *supra*, ch. 2.138c). En outre, selon l'opinion soutenue ici, lorsque la vente porte sur un corps certain, la demeure (non fautive) du vendeur ne retarde que le moment du transfert du risque du prix (cf. *supra*, ch. 2.138d), le risque de la prestation étant pour sa part toujours transféré lors de la conclusion du contrat.

²⁴¹ Cf. à ce propos *infra*, ch. 3.88 s.

²⁴² Cf. *supra*, ch. 2.140 ss.

²⁴³ Cf. *supra*, ch. 2.140.

²⁴⁴ Le fait que les risques aient passé à l'acheteur ne signifie pas que le vendeur peut laisser la marchandise sans aucune surveillance; cf. SEVON, ISDC, p. 195; sur les conditions et l'étendue de cette obligation de garde du vendeur, cf. notamment EBERSTEIN, n. 1 ss, 7 ss et 11 ss à l'art. 85 CV et les réf. citées. Si la perte de la marchandise après le moment du transfert des risques est due à une insuffisance dans la garde du vendeur, l'acheteur peut agir contre celui-ci en conformité des art. 45 CV ss – il n'a en effet pas exécuté une obligation résultant pour lui de la Convention –, ce qui doit avoir pour conséquence que l'art. 66 CV ne s'applique pas. Cf. *supra*, ch. 2.156 et 2.177 ss.

phrase opère ainsi une accélération du transfert des risques en cas de demeure de créancier de l'acheteur.

2.243 Y a-t-il accélération du transfert des risques selon la Convention de Vienne lorsque l'acheteur refuse d'accomplir ou n'accomplit pas à temps un ou des actes préparatoires²⁴⁵ dont dépendent l'exécution par le vendeur de son obligation de livraison et, par voie de conséquence, le transfert des risques²⁴⁶?

Ainsi que cela avait également été fait en droit suisse²⁴⁷, il convient de distinguer ici selon que l'acte attendu de l'acheteur est une coopération à l'individualisation de la marchandise dans une vente de choses de genre²⁴⁸, ou un autre acte préparatoire nécessaire à la livraison par le vendeur du corps certain ou de la chose de genre²⁴⁹.

2.244 Il est par exemple convenu, dans le cadre d'une vente à distance au sens de l'art. 67 al. 1 CV, que l'acheteur doit désigner le transporteur, voire encore affréter le navire, et en tout cas communiquer les informations correspondantes au vendeur. En cas d'inexécution par l'acheteur de tout ou partie de ces devoirs, le vendeur est donc empêché de s'acquitter de son obligation de livraison au sens de l'art. 31 litt. a CV. Or, en l'absence d'une telle livraison, il n'y a en principe pas encore transfert des risques à l'acheteur (art. 67 al. 1, 1ère phrase CV *a contrario*).

Quid alors d'une éventuelle perte ou détérioration fortuite de la marchandise à ce moment-là?

Le refus ou la carence de l'acheteur constitue une contravention au contrat, en raison de laquelle le vendeur a été empêché de s'exécuter. L'art. 80 CV interdit dans ce cas à l'acheteur d'exercer contre le vendeur les moyens prévus par l'art. 45 CV²⁵⁰. Le vendeur est donc *libéré* de sa prestation originale et de toute éventuelle prestation de remplacement, de réparation ou de dédommagement, alors même que l'exécution de sa prestation a été empêchée avant le moment auquel le transfert des risques aurait dû intervenir. Concrè-

²⁴⁵ Cf. art. 60 litt. a CV.

²⁴⁶ Voir *supra*, ch. 2.141 ss., la solution du droit suisse qui admet une dérogation aux règles sur le transfert des risques en qualifiant la carence de l'acheteur de «circonstance particulière» au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*.

²⁴⁷ Cf. *supra*, ch. 2.142 s.

²⁴⁸ Cf. *infra*, ch. 2.247.

²⁴⁹ Cf. *infra*, ch. 2.244 s.

²⁵⁰ Cf. STOLL, n. 7 ss, n. 9 à l'art. 80 CV.

tement, cela signifie que la demeure de créancier de l'acheteur a accéléré le transfert du risque de la prestation du vendeur.

Reste alors une question non expressément réglée par la Convention de Vienne: l'acheteur est-il tenu pour sa part de payer le prix?

2.245 La pratique de la vente internationale consacre largement l'usage selon lequel *il y a en principe un transfert anticipé à l'acheteur des risques de la prestation et du prix lorsque celui-ci néglige d'accomplir les actes préparatoires auxquels il est contractuellement tenu*²⁵¹.

Sauf convention expresse contraire, cet usage doit pouvoir être considéré comme tacitement intégré à tout contrat de vente internationale soumis à la Convention de Vienne (art. 9 al. 2 CV)²⁵². On pourrait parvenir à un résultat comparable en considérant que la Convention de Vienne contient une lacune sur ce point et que l'usage évoqué ci-dessus fait partie des principes généraux dont la Convention s'inspire et dont il convient dès lors de tenir compte selon l'art. 7 al. 2 CV²⁵³.

En tout état, une grande majorité d'auteurs admet que la Convention de Vienne consacre, ne serait-ce qu'implicitement, la règle générale selon laquelle une demeure ou une carence de l'acheteur d'accomplir un acte dont dépend l'exécution du contrat par le vendeur opère un transfert des risques anticipé²⁵⁴.

²⁵¹ Cf. Guide des INCOTERMS, p. 35 et commentaire des clauses A5, B5 et B7 du terme EXW (pp. 47-49), des clauses A5, B5 à B7 du terme FAS (pp. 62-63 et 66-67), des clauses A5, B5 à B7 du terme FOB (pp. 71 et 74-75), des clauses A5, B5 à B7 du terme CFR/CIF (pp. 80 et 84-85), des clauses A5, B5 à B7 du terme CPT/CIP (pp. 93 et 95-96), des clauses A5, B5 et B7 du terme DAF (pp. 105, 107 et 109), des clauses A5 et B7 du terme DES (pp. 113 et 116), des clauses A5, B5 et B7 du terme DEQ (pp. 121 et 123-124) et, enfin, des clauses A5, B5 et B7 du terme DDU (pp. 129, 131 et 133). Voir également DERAIS, p. 132, ch. 7; FINKE, p. 157; EISEMANN, p. 32, ch. 19; XUEREF, p. 136 s; SCHÖNLE, n. 76 *in fine* à l'art. 185 CO. Voir néanmoins SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, pp. 200 *in fine* et 201 *in initio*, qui, curieusement, considère que les INCOTERMS, malgré ce qui vient d'être exposé, seraient muets sur ce point.

²⁵² A propos du rôle des INCOTERMS comme moyen d'interpréter ou de compléter un contrat de vente soumis à la Convention de Vienne, cf. également VON HOFFMANN, p. 279 s.

²⁵³ Cf. SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 83, n. 374 en bas de page; ZIEGLER U., p. 88; HAGER, n. 9 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 à l'art. 69 CV.

²⁵⁴ Cf. HUBER, n. 79 *in fine* à l'art. 31 CV; HAGER, n. 9 à l'art. 69 CV; PILTZ, par. 4, ch. 164 et 190 *in fine*; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 83, n. 374 en bas de page; GEIST, p. 354, litt. C *in fine*; VON HOFFMANN, p. 295 *in fine*; AUDIT, p. 91, ch. 94, n. 1 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 *in fine* à l'art. 69 CV (mais avis plus nuancé chez ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.1 à l'art. 69 CV); Message du Conseil fédéral, p. 68, ch. 234.34. NICHOLAS, n. 3.3 à l'art. 67 et n. 3.3 à l'art. 69 CV, est plus hésitant mais

Il est intéressant de souligner, en particulier, que la délégation ouest-allemande à la Conférence diplomatique avait proposé d'ajouter un article 81 bis à la suite de l'art. 81 du projet de Convention (actuel art. 69 CV) dont l'alinéa premier prévoyait :

«*Si la livraison des marchandises par le vendeur est retardée en raison de l'inexécution d'une obligation par l'acheteur, le risque est transféré à l'acheteur à partir de la date de la date limite à laquelle, si l'obligation avait été exécutée, les marchandises auraient pu être livrées conformément aux termes du contrat.*»

Cette proposition n'a finalement pas été retenue au motif que son état de fait et sa conclusion étaient déjà contenus dans d'autres normes et qu'elle était donc inutile²⁵⁵. Cela confirme donc que le principe général décrit ci-dessus est – à tout le moins implicitement – consacré par la Convention de Vienne²⁵⁶.

2.246 En sorte qu'il peut y avoir, dans la Convention de Vienne comme en droit suisse²⁵⁷, transfert des risques anticipé en cas de demeure de l'acheteur d'accomplir tout ou partie des actes préparatoires qui lui incombent. Plus exactement, le transfert des risques a lieu alors que toutes les conditions n'en sont pas encore réalisées.

Concrètement, le *moment* auquel les risques passent à l'acheteur dans cette hypothèse doit être déterminé en tenant compte des particularités de chaque cas. Ici encore, lorsque la situation permet de telles comparaisons (art. 9 al. 2 CV), il n'est pas exclu de s'inspirer des solutions des INCOTERMS, qui prévoient d'une façon générale dans ces cas-là que les risques passent à l'acheteur «*dès le moment où, sans la faute de l'acheteur, le vendeur aurait pu effectuer régulièrement la livraison*»²⁵⁸.

serait néanmoins disposé à admettre un tel principe sur la base d'une interprétation large de l'art. 69 al. 2 CV, en particulier du verbe «take over» qui devrait à son avis être compris comme signifiant «take over or cause to be taken over» (... l'acheteur est tenu de *retirer* ou de faire *retirer* les marchandises...). D'un avis contraire, mais sans explications, ROTH, pp. 308 s., et SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, pp. 200 s.

²⁵⁵ Cf. Documents Officiels, pp. 430 s., ch. 47 ss, 54. Cf. également HAGER, n. 5 à l'art. 69 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 83 *in fine*; GEIST, p. 354; HERBER/CZERWENKA, n. 1 *in fine* à l'art. 69 CV; ZIEGLER U., p. 88.

²⁵⁶ Cf. à ce propos HAGER, n. 9 à l'art. 69 CV.

²⁵⁷ Cf. *supra*, ch. 2.141 ss et les réf. citées.

²⁵⁸ DERAÏNS, p. 132, ch. 7. Voir aussi, par exemple, l'INCOTERM FCA (Franco transporteur), clause B5, qui prévoit le transfert (anticipé) des risques au plus tard au moment auquel le transporteur mandaté par l'acheteur aurait dû prendre livraison de la marchandise.

En tout état, à l'image du reste de ce qui a été observé en droit suisse²⁵⁹, le principe de base paraît être que les risques devraient passer à l'acheteur en demeure au plus tard au dernier moment où, selon le contrat ou la Convention de Vienne, le vendeur aurait normalement dû livrer l'intégralité de la marchandise conformément aux art. 31 à 33 CV²⁶⁰. Cela rejoint du reste la proposition de la délégation ouest-allemande lors de la Conférence diplomatique de rajouter une disposition selon laquelle *«si la livraison des marchandises par le vendeur est retardée en raison de l'inexécution d'une obligation par l'acheteur, le risque est transféré à l'acheteur à partir de la date limitée à laquelle, si l'obligation avait été exécutée, les marchandises auraient pu être livrées conformément aux termes du contrat»*²⁶¹.

Si d'aventure un tel moment ne peut être déterminé avec précision, on peut imaginer que les risques passent à l'acheteur au moment où le vendeur a accompli le dernier acte qu'il pouvait exécuter sans le concours de l'acheteur – par exemple décharger les marchandises au port d'embarquement convenu et les y mettre à l'abri en attendant les instructions de l'acheteur concernant le navire affrété par ses soins²⁶².

2.247 Si la vente porte sur des choses de genre, la Convention de Vienne énonce à deux reprises – art. 67 al. 2 et 69 al. 3 CV – que le transfert des risques ne peut intervenir que si les marchandises ont été clairement individualisées aux fins du contrat.

Pour des raisons de sécurité²⁶³, ce principe ne peut souffrir aucune exception, et cela même si l'acheteur, pourtant contractuellement tenu de collaborer à cette individualisation, refuse son concours²⁶⁴. Il n'y a donc pas transfert des risques en cas de demeure de l'acheteur de participer à l'individualisation²⁶⁵.

Cette solution est du reste conforme à celle consacrée par les INCOTERMS, qui pourrait d'ailleurs, dans une grande majorité de cas, avoir valeur d'usage dans le cadre de l'application de la Convention de Vienne (art. 9 al. 2 CV):

²⁵⁹ Voir *supra*, ch. 2.142.

²⁶⁰ Cf. également NEUMAYER/MING, n. 3 *in fine* à l'art. 69 CV.

²⁶¹ Cf. *supra*, ch. 2.245 et Documents Officiels, p. 137.

²⁶² Cf. également GEIST, p. 354, litt. C *in fine*.

²⁶³ Cf. *infra*, ch. 4.17 ss et les réf. citées, ainsi que ch. 4.163 ss et les réf. citées.

²⁶⁴ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.1 à l'art. 69 CV; HEUZÉ, pp. 281 s., ch. 373.

²⁶⁵ Cf. la position analogue adoptée ci-dessus ch. 2.143 dans le cadre de l'étude du Code des obligations.

un transfert anticipé des risques ne se fait jamais tant que la marchandise n'a pas été dûment individualisée selon le contrat²⁶⁶.

Enfin, cette solution correspond à celle formulée par la délégation ouest-allemande à l'alinéa second de son projet d'art. 81 bis, selon lequel²⁶⁷ :

«*Toutefois, si le contrat porte sur la vente de marchandises qui n'ont pas été identifiées au moment de la vente, le risque n'est transféré à l'acheteur que lorsque les marchandises ont été clairement identifiées (...)*».

Ainsi que cela vient d'être exposé, le fait que cette proposition ait été rejetée au motif qu'elle était superflue indique bien que la solution présentée ici est conforme à la Convention de Vienne et à la volonté de ses auteurs.

Sur ce point, la Convention de Vienne et le Code des obligations consacrent donc un résultat identique²⁶⁸.

b. Les correctifs

1. Les valeurs de remplacement

2.248 Ce correctif, évoqué dans le cadre du Code des obligations²⁶⁹, n'est pas expressément réglé par la Convention de Vienne²⁷⁰.

Dans la mesure où elle concerne des droits et obligations qu'un contrat de vente et son développement peuvent faire naître entre les parties²⁷¹, la question de la remise d'éventuelles valeurs de remplacement concerne donc une des matières régies par la Convention²⁷², en sorte que, à défaut de réglementation expresse dans la Convention, elle doit être réglée selon les principes généraux dont la Convention s'inspire ou, en l'absence de tels principes, selon la loi applicable en vertu des règles du droit international privé (art. 7 al. 2 CV)²⁷³.

²⁶⁶ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 35; voir aussi, par exemple, le commentaire des clauses B5 des termes FCA (p. 58), FOB (p. 74), CFR (p. 84).

²⁶⁷ Cf. Documents Officiels, p. 137.

²⁶⁸ Cf. *supra*, ch. 2.143.

²⁶⁹ Cf. *supra*, ch. 2.144 ss.

²⁷⁰ Cf. STOLL, n. 53 à l'art. 79 CV et les réf. citées. PICHONNAZ, p. 420, ch. 1824.

²⁷¹ Cf. *supra*, ch. 2.67 ss.

²⁷² Cf. art. 4 et 7 al. 2 CV et HERBER, n. 8 et 27 ss à l'art. 7 CV.

²⁷³ Cf. également l'analyse détaillée à laquelle procède PICHONNAZ, p. 420, ch. 1826 à 1829, aux termes de laquelle il conclut à l'existence d'une lacune sur ce point.

2.249 L'un des principes généraux dont la Convention s'inspire est la nécessité d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international²⁷⁴. C'est donc à ce titre qu'il se justifie d'appliquer dans le cadre des art. 66 CV ss, mais également en rapport avec toute autre inexécution, les principes dégagés ci-dessus²⁷⁵ quant au sort d'éventuelles valeurs de remplacement, puisque l'équilibre que ces principes tendent à rétablir est précisément imposé par les règles de la bonne foi²⁷⁶.

Cette solution paraît du reste d'autant plus s'imposer que ces principes sont manifestement l'expression, sinon d'un principe général de droit commun, à tout le moins d'une pratique répandue²⁷⁷.

2.250 Enfin, subsidiairement, les principes régissant la remise des valeurs de remplacement s'appliqueront chaque fois que les règles de droit international privé renverront à un droit national qui consacre l'obligation du vendeur de céder ces valeurs à l'acheteur²⁷⁸.

²⁷⁴ Voir l'art. 7 al. 1 CV, dont les principes généraux d'interprétation, en particulier celui du respect de la bonne foi, peuvent être largement repris dans le cadre de l'art. 7 al. 2 CV à titre de «principes généraux dont la Convention s'inspire»; cf. HERBER, n. 29 à l'art. 7 CV (1ère édition du commentaire VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM) et n. 37 s. à l'art. 7 CV (2e édition du commentaire VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM).

²⁷⁵ Cf. *supra*, ch. 2.67 ss.

²⁷⁶ Même avis chez HUBER, n. 42 *in fine* à l'art. 31 CV. Voir en outre l'avis particulier (et intéressant) de PICHONNAZ, p. 421, ch. 1830, qui voit à l'art. 84 al. 2, litt. b CV une confirmation isolée que la Convention de Vienne connaît le principe général selon lequel, dans une liquidation de rapports contractuels dans laquelle une prestation n'est plus possible, les éventuels succédanés doivent être remis en lieu et place de ladite prestation.

²⁷⁷ Cf. art. 1303 CCFr et 281 BGB et les réf. citées par SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 269, BESSON, p. 43 et BARTH, p. 208.

²⁷⁸ Cf. art. 7 al. 2 CV *in fine*.

Chapitre 3

Vue d'ensemble

2.251 La comparaison des art. 66 CV et 185 CO, des conditions de leur mise en œuvre et de leurs effets juridiques révèle que ces deux normes générales traitent toutes deux du *risque du prix*, c'est-à-dire du risque qu'encourt l'acheteur de devoir payer le plein prix convenu bien qu'il ne reçoive pas la marchandise, ou qu'il ne la reçoive qu'imparfaitement, en mauvais état ou incomplètement, sans disposer de moyens d'action contre le vendeur en raison de cette inexécution ou mauvaise exécution de son obligation de livraison.

2.252 Pour que l'acheteur ait ce risque du prix, il faut donc, tant dans le Code des obligations que dans la Convention de Vienne, que le vendeur soit libéré de son obligation originelle, ainsi que de toute prestation de réparation ou de dédommagement.

Les deux systèmes prévoient ainsi, de façon comparable, que l'acheteur ne peut avoir le risque du prix que s'il supporte également le *risque de la prestation du vendeur*, c'est-à-dire le risque de ne pas recevoir l'exécution complète et parfaite de la prestation promise par le vendeur, de ne pas pouvoir l'exiger et de ne pas pouvoir réclamer une correction, un remplacement de la marchandise ou une indemnisation.

Tant dans le Code des obligations que dans la Convention de Vienne, le transfert du risque de la prestation est ainsi condition *sine qua non* du transfert du risque du prix.

2.253 Ce ne sont, dans aucun des deux systèmes, les normes sur le transfert des risques qui régissent la libération du vendeur et le transfert à l'acheteur du risque de sa prestation.

Dans le Code des obligations, ces questions sont traitées par l'art. 119 al. 1 CO en rapport avec les art. 97 ss, 102 ss ou 197 ss CO qui définissent, le cas échéant *a contrario*, les «*circonstances non imputables*» au vendeur qui peuvent conduire à sa libération définitive.

Dans la Convention de Vienne, la libération du vendeur n'est expressément statuée par aucune disposition. Elle résulte, selon l'interprétation dégagée ici, de la systématique et de la *ratio legis* des art. 35, 36, 45, 66 et 79 CV.

2.254 S'agissant de la définition du *moment auquel le risque de la prestation est transféré à l'acheteur*, les solutions du Code des obligations et de la Convention de Vienne ne se recoupent qu'en matière de vente de choses de genre, avec cette précision toutefois que la construction consacrée par la Convention de Vienne paraît sensiblement plus simple que celle du Code des obligations.

2.255 Selon le Code des obligations, qui aligne tout le transfert des risques sur l'art. 119 al. 1 CO, la libération du vendeur et, corrélativement, le transfert à l'acheteur du risque de sa prestation n'interviennent qu'une fois établi que l'obligation du vendeur est devenue objectivement impossible au sens de l'art. 119 CO. Dans les faits, la mise en œuvre de cette construction fondée sur l'impossibilité de la prestation du vendeur ne va toutefois pas sans complications et artifices.

En effet, si l'on peut encore logiquement concevoir que la prestation du vendeur devienne impossible, et que celui-ci puisse être définitivement libéré, lorsque la vente porte sur un corps certain qui vient à disparaître, on le peut sensiblement moins lorsque la vente porte sur une chose dont le genre existe encore lors de la disparition de la marchandise. Dans ce dernier cas, en effet, la prestation du vendeur ne devient en principe impossible qu'avec la disparition du genre tout entier; à rigueur de texte, il ne pourrait donc y avoir libération du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO avant ce moment. Dépendance entre les art. 185 et 119 al. 1 CO oblige, le Code des obligations libère néanmoins le vendeur d'une chose de genre lorsque celle-ci vient à disparaître après qu'il a correctement et complètement apporté au lieu d'exécution convenu le résultat de tous les actes nécessaires au transfert du risque du prix selon l'art. 185 al. 2 CO, et cela quand bien même sa prestation serait encore tout à fait possible parce qu'il peut se procurer une nouvelle chose du même genre, ou parce qu'il en dispose encore dans ses stocks. Lorsque la vente porte sur une chose de genre, les rapports entre les art. 119 et 185 CO imposent donc de considérer fictivement qu'à compter d'un certain moment, tout se passe comme si la prestation du vendeur est impossible, bien qu'en réalité elle ne le soit pas.

Il en résulte que, lorsque la vente porte sur un corps certain, l'acheteur supporte dès la conclusion du contrat le risque que la prestation du vendeur devienne impossible et que celui-ci soit définitivement libéré.

Lorsque la vente porte sur une chose de genre, ce n'est au plus tôt qu'après l'exécution par le vendeur du dernier acte nécessaire au transfert du risque du prix que l'acheteur supporte le risque d'une disparition de la chose qui lui était destinée. Concrètement, cela signifie que:

- dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution au domicile du vendeur à l'époque de la conclusion du contrat, l'acheteur a le risque de la prestation lors de l'individualisation de la marchandise en ce lieu;
- dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution en un établissement du vendeur distinct de son domicile à l'époque de la conclusion du contrat, l'acheteur a le risque de la prestation lorsque la marchandise dûment individualisée se trouve en ce lieu;
- dans les contrats (avec dette portable) dans lesquels le vendeur s'est obligé à apporter et à offrir la marchandise dûment individualisée en un lieu distinct de son domicile ou d'un de ses établissements, l'acheteur a le risque de la prestation lorsqu'il prend possession de la marchandise ou, s'il tarde à le faire, lorsque son retard constitue une demeure de créancier;
- dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise jusqu'en un lieu de destination où elle est prise en charge par l'acheteur ou pour son compte, l'acheteur a le risque de la prestation lorsque la marchandise individualisée est remise au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport;
- enfin, dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise à l'acheteur à partir d'un lieu particulier, celui-ci a le risque de la prestation lorsque la marchandise individualisée est remise, en ce lieu particulier, au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport.

2.256 Selon la Convention de Vienne, que la vente soit de corps certains ou de choses de genre, le risque de la prestation est transféré à l'acheteur en même temps que celui du prix. Jusqu'à ce moment, le vendeur est responsable selon les art. 45 CV ss de tout ce qui peut, même fortuitement, l'empêcher d'exécuter *«l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente»*.

Concrètement, cela implique que:

- dans les contrats prévoyant l'exécution en un établissement — quel qu'il soit — du vendeur, l'acheteur supporte les risques de la prestation lorsqu'il retire en ce lieu les marchandises, corps certain ou chose de genre individualisée, ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, lorsque ces marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu et qu'il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison;

- dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à apporter et à offrir la marchandise en un lieu distinct de son domicile ou d'un de ses établissements (contrats avec dette portable), l'acheteur supporte les risques de la prestation lorsque la livraison est due et qu'il sait que les marchandises, corps certain ou chose de genre individualisée, sont à sa disposition en ce lieu;
- dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise jusqu'en un lieu de destination où elle est prise en charge par l'acheteur ou pour son compte, l'acheteur supporte les risques de la prestation lorsque la marchandise, corps certain ou chose de genre individualisée, est remise au premier transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur;
- enfin, dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise à l'acheteur à partir d'un lieu particulier, celui-ci supporte les risques de la prestation lorsque la marchandise, corps certain ou chose de genre individualisée, est remise, en ce lieu particulier, au premier transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur.

2.257 En matière de vente de choses de genre, la solution de la Convention de Vienne est donc comparable à celle du Code des obligations. Cela étant, la construction par laquelle la Convention de Vienne parvient à ce résultat paraît peut-être plus logique et plus satisfaisante, dans la mesure où elle n'impose pas de qualifier d'impossible une prestation qui, objectivement, pourrait encore être apportée.

2.258 Selon l'interprétation dégagée ci-dessus, *le cercle des événements* susceptibles de libérer le vendeur et de survenir aux risques de l'acheteur est semblable dans les deux systèmes juridiques: disparition *lato sensu* de la marchandise, c'est-à-dire perte, vol et destruction totale, détérioration partielle de la marchandise et mesures étatiques ayant des effets équivalents à une disparition ou une détérioration.

Cela étant, en raison du passage nécessaire par les règles sur l'impossibilité objective, la définition de ce cercle d'événements dans le cadre du Code des obligations donne lieu à des controverses qui ne peuvent être réglées de façon vraiment satisfaisante: ainsi en va-t-il, par exemple, du vol de la marchandise après le moment du transfert des risques, qui n'est pas, *stricto sensu*, un cas d'impossibilité objective, mais qui ne peut davantage, d'un point de vue purement logique, être qualifié d'obstacle passager à la livraison. Solutions controversées, tiraillées entre le bon sens et la stricte logique juridique, que les règles de la Convention de Vienne en matière de transfert des risques,

affranchies de toute considération d'impossibilité de la prestation, permettent précisément d'éviter.

Ce n'est du reste pas la seule insatisfaction liée à l'alignement du transfert des risques selon le Code des obligations sur les règles de l'impossibilité objective. Il est en effet contestable que le *vendeur* d'une chose de genre soit libéré selon l'art. 119 al. 1 CO à un moment auquel il ne le serait pas s'il avait, par exemple, été *bailleur*: la définition de l'impossibilité objective de transférer la possession d'une chose de genre n'est donc pas la même dans tous les contrats d'aliénation.

2.259 Tant dans le Code des obligations que dans la Convention de Vienne, le vendeur ne sera libéré, et l'acheteur n'aura les risques de la prestation et du prix qu'à la condition que *le vendeur ne doive pas répondre* de l'événement qui empêche l'acheteur de recevoir sa prestation, ou de la recevoir complètement ou en bon état.

Constituent ainsi des obstacles à la libération du vendeur dans les deux systèmes juridiques la disparition de la marchandise en raison d'un acte du vendeur ou d'une personne dont il répond, la perte ou la détérioration de la marchandise en raison d'un défaut dont elle est affectée et dont le vendeur est garant, la perte ou la détérioration de la marchandise en raison d'une inexécution par le vendeur (ou une personne dont il répond) d'une obligation qui lui incombait, enfin, la disparition de la marchandise en raison d'une mesure étatique qui a sa cause dans la personne ou un comportement du vendeur ou dans la personne ou un comportement d'un tiers dont il doit répondre.

2.260 Le *lieu d'exécution des obligations du vendeur* revêt, dans les deux systèmes juridiques, une importance comparable pour le transfert des risques de la prestation et du prix.

Dans la Convention de Vienne, que la vente porte sur des choses de genre ou des corps certains, c'est en ce lieu d'exécution que doit se matérialiser le résultat de tous les actes attendus du vendeur et nécessaires au transfert du risque du prix. Tant que le résultat de ces différents actes n'est pas offert en ce lieu, il n'y a pas de libération possible du vendeur, c'est-à-dire pas de transfert possible à l'acheteur des risques de la prestation et du prix. Il en découle que le *moment* du transfert du risque de la prestation dépend indissociablement de l'apport, au lieu d'exécution convenu, de toutes les prestations incombant au vendeur, et que tout déplacement conventionnel de ce lieu d'exécution entraîne donc un changement du moment du transfert des risques de la prestation et du prix.

Dans le Code des obligations, il en va de même dans les ventes de choses de genre, mais pas dans celles de corps certains. En effet, dans ces dernières, l'acheteur supporte dès la conclusion du contrat le risque d'une impossibilité fortuite, totale ou partielle, de la prestation du vendeur; dans ce type de vente, *le moment du transfert du risque de la prestation est donc indépendant du lieu d'exécution des obligations du vendeur*. En revanche, selon l'opinion soutenue ici contrairement à une partie de la doctrine, *ce lieu a une incidence directe sur le moment auquel, dans les ventes de corps certains, le risque du prix est transféré à l'acheteur*. En effet, ce risque ne devrait pas passer à l'acquéreur avant que le résultat des différents actes attendus du vendeur soit offert au lieu d'exécution.

Ainsi que cela sera encore développé en détail dans la quatrième partie de cette étude, il découle de ce qui précède que, dans les deux systèmes juridiques et quel que soit l'objet de la vente (chose de genre ou corps certain), le risque du prix ne doit passer à l'acheteur qu'au moment auquel le vendeur offre au lieu d'exécution contractuellement fixé le résultat de tous les actes attendus de lui.

2.261 Les deux réglementations en matière de risques sont de droit dispositif. Les dérogations par les parties peuvent être expresses ou implicites; elles peuvent porter sur l'un ou l'autre risque, voire sur les deux. En aucun cas, toutefois, elles ne peuvent faire passer le risque de la prestation après celui du prix.

On a vu, en particulier, que, dans les deux systèmes, les parties peuvent implicitement retarder le moment du transfert du risque de la prestation en incluant contractuellement une garantie expresse d'exécution du vendeur. Le cas échéant, le moment du transfert du risque du prix est également repoussé, même sans clause particulière dans ce sens.

Les parties peuvent aussi expressément déroger aux règles de la Convention de Vienne ou du Code des obligations fixant le moment du transfert du risque du prix, sans toutefois changer le moment du transfert du risque de la prestation. Elles sont libres d'avancer le moment du transfert du risque du prix – au plus, jusqu'au moment du transfert du risque de la prestation – ou de le retarder.

Les parties peuvent implicitement déroger au moment du transfert des risques tel qu'il est prévu par la Convention de Vienne ou le Code des obligations, en définissant un lieu particulier pour l'exécution des obligations du vendeur. Selon la Convention de Vienne, une telle définition a pour effet de déplacer à la fois le moment du transfert du risque de la prestation et celui du risque du prix, que la vente porte sur des corps certains ou des choses de

genre. Selon le Code des obligations, le choix d'un lieu d'exécution particulier ne modifie le moment du transfert des risques de la prestation et du prix que dans les ventes de choses de genre; dans celles de corps certains, un tel choix ne peut influencer que sur le moment du transfert du risque du prix, le transfert du risque de la prestation intervenant invariablement lors de la conclusion du contrat.

2.262 Outre les dérogations expresses ou implicites résultant de stipulations particulières des parties, la Convention de Vienne et le Code des obligations admettent tous deux que certaines circonstances particulières impliquent également une dérogation aux règles légales en matière de transfert des risques. Ainsi en va-t-il notamment, dans les deux systèmes, de la demeure de créancier de l'acheteur, de certaines mesures prises par le vendeur dans son seul intérêt et de la vente de la même marchandise à plusieurs acquéreurs différents.

2.263 Enfin, à titre de correctif des effets incisifs que peut avoir la réglementation légale en matière de risques, les deux systèmes permettent à l'acheteur qui a le fardeau des risques de demander au vendeur qu'il lui remette les éventuelles valeurs qu'il recevrait en remplacement total ou partiel de la chose vendue, ou encore qu'il lui cède les droits qu'il aurait contre des tiers en raison de la disparition ou de la détérioration de la marchandise.

III. PERTE OU DÉTÉRIORATION FORTUITE SURVENANT APRÈS LE MOMENT DU TRANSFERT DES RISQUES SE GREFFANT SUR UNE INEXÉCUTION DU CONTRAT PAR LE VENDEUR

3.1 Cette troisième partie a pour objet de définir les droits et obligations des parties lorsque, d'une part, le vendeur a inexécuté ou mal exécuté l'une de ses obligations contractuelles et que, d'autre part, après le moment du transfert des risques, la marchandise est perdue ou détériorée ou la prestation du vendeur est empêchée en tout ou partie, sans que cette perte, cette détérioration ou cet empêchement puissent être imputés au vendeur.

Quelques exemples peuvent illustrer cette problématique particulière abordée ici :

- le vendeur individualise les marchandises et les expédie par mer à l'acheteur, mais il néglige, contrairement au contrat ou aux usages de la branche, de les pourvoir d'un emballage suffisant, ce qui empêchera l'acheteur de les expédier à son tour par route. Pendant le transport en mer, après le moment du transfert des risques, la cargaison périt aux trois quarts dans un incendie qui ravage les soutes du cargo.
- les services du vendeur individualisent par erreur et expédient à l'acheteur une cargaison de morue en lieu et place du thon commandé par l'acquéreur. Pendant le transport par route, après le moment du transfert des risques, la marchandise est altérée en raison d'une défaillance du système frigorifique du camion du transporteur indépendant mandaté par le vendeur.
- le vendeur expédie la marchandise en retard par rapport à l'échéancier contractuel. Après le moment du transfert des risques, elle est fortuitement détruite dans un accident de la circulation routière.

La question fondamentale est bien évidemment celle du régime légal applicable à ces cas. Faut-il considérer qu'en raison de l'événement fortuit, ce sont les règles sur le transfert des risques qui doivent s'appliquer, auquel cas l'acheteur devrait l'intégralité du prix convenu? Ou faut-il retenir qu'en raison de l'inexécution du contrat, ce sont les règles sur la responsabilité du vendeur en cas de contravention au contrat, sur la demeure ou sur la garantie qui s'appliquent, avec pour conséquence que l'acheteur serait autorisé à refuser, retenir ou réduire le paiement dû au vendeur?

Il va de soi que la problématique exposée ici n'existe pas si la perte ou la détérioration de la marchandise peuvent être imputées à l'inexécution contractuelle reprochée au vendeur. Par exemple, dans le premier cas ci-dessus, la cargaison ne périt pas en raison de l'incendie fortuit à bord du cargo mais est gravement endommagée par des infiltrations d'eau qu'un emballage conforme au contrat ou aux usages aurait empêchées. Dans la mesure où il y a un rapport de cause à effet entre l'inexécution et la perte ou la détérioration, ces dernières ne sont en effet plus «fortuites» mais imputables au vendeur, avec pour conséquence que, tant dans le Code des obligations que dans la Convention de Vienne, le vendeur doit en répondre¹, cette responsabilité du vendeur excluant, comme on l'a vu dans l'un et l'autre systèmes, qu'il y ait transfert du risque de la prestation et du prix.

3.2 Afin de dégager les rapports qui existent dans de telles situations entre les normes sur le transfert des risques et celles régissant l'inexécution des obligations contractuelles, seront abordés ci-après:

- les éventuels droits et obligations des parties lorsqu'une marchandise entachée de défauts dont le vendeur doit répondre est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques;
- les éventuels droits et obligations des parties lorsque le vendeur destine à l'acheteur une marchandise ne présentant pas toutes les caractéristiques définies par le contrat et que cette dernière est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques;
- enfin, les éventuels droits et obligations des parties lorsqu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques se greffe sur un cas de demeure du vendeur.

¹ Art. 119 al. 1 CO *a contrario* et art. 97 CO; art. 36 al. 1 ou 2 et 45 CV ss.

Chapitre 1

Les éventuels droits et obligations des parties lorsqu'une marchandise entachée de défauts dont le vendeur est garant est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques

Section A

Dans le Code des obligations

- a. Généralités et aperçu des moyens à disposition de l'acheteur en cas de livraison d'une chose défectueuse

3.3 Selon les règles du Code des obligations sur la garantie due par le vendeur, ce dernier est garant à l'égard de l'acheteur des défauts dont la chose était entachée au moment du transfert des risques². Par moment du transfert des risques, il faut entendre plus exactement le *moment du transfert du risque de la prestation du vendeur*. C'est en effet cet instant-là qui est déterminant pour la libération du vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO.

Au titre de cette garantie, le vendeur répond donc à l'égard de l'acheteur de tout défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO qui affecte la chose avant le moment du transfert à l'acheteur du risque de la prestation, et cela quand bien même, à ce moment, ce défaut n'est que latent et ne se manifesterait qu'ultérieurement³.

A l'inverse, l'acheteur ne dispose plus d'aucun moyen – action en exécution, en garantie ou en dommages-intérêts – contre le vendeur si un défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO affecte fortuitement la chose vendue après le moment du transfert du risque de la prestation: c'est là l'effet du *transfert à l'acheteur du risque de la prestation* du vendeur. En outre, si ce défaut fortuit touche la chose vendue après le moment du *transfert du risque du prix*, non seulement l'acheteur ne pourra rien réclamer au vendeur en raison de l'état de la marchandise, mais il devra de surcroît payer le plein prix de la chose bien que celle-ci soit altérée, diminuée ou même totalement perdue.

² Cf. TERCIER, p. 45, n° 344; HONSELL *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 à l'art. 197 CO.

³ HONSELL, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 *in fine* à l'art. 197 CO.

3.4 Les règles sur la garantie dans la vente distinguent les défauts dits «rédhitoires», dont l'importance justifie que l'acheteur puisse, à son choix, résoudre le contrat ou réclamer une réduction du prix, et les défauts de moindre importance ou intensité – souvent improprement appelés «non rédhitoires»⁴ –, en raison desquels l'acheteur ne dispose que d'une action en réduction du prix⁵.

En outre, lorsque la marchandise défectueuse est une chose déterminée par son genre, l'acheteur a le droit de réclamer la livraison d'une marchandise de remplacement, que le défaut en question ait été rédhitoire ou non (art. 206 CO).

Enfin, lorsque la vente porte sur un ensemble de pièces, l'art. 209 CO module quelque peu les moyens à disposition de l'acheteur et les conditions de leur exercice.

- b. La disparition ou l'altération fortuite, après le moment du transfert des risques, d'une marchandise défectueuse ne porte aucune atteinte aux droits de l'acheteur découlant de la garantie du vendeur

1. Principes de base

3.5 Si une marchandise est affectée d'un défaut dont le vendeur est garant, il naît dans les actifs de l'acheteur – à la condition, bien entendu, que celui-ci ait satisfait aux conditions posées par la loi, en particulier par les art. 201 et 210 CO – une créance «en garantie» déduite des art. 197 ss CO.

Il aura donc, selon les cas, le droit de résoudre la vente, d'exiger la réduction du prix, ou encore de réclamer la livraison d'une marchandise de remplacement.

3.6 Une perte ou une détérioration fortuite de la chose après le moment du transfert du risque de la prestation ne doit porter aucune atteinte à cette créance de l'acheteur fondée sur la garantie due par le vendeur.

⁴ Sur l'appréciation et la définition des défauts rédhitoires et leur délimitation par rapport aux défauts mineurs ne justifiant selon l'art. 205 al. 2 CO qu'une diminution de prix, cf. notamment STANISLAS, pp. 122 ss; HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 6 à l'art. 205 CO; GIGER, n. 50 ss à l'art. 205 CO.

⁵ Dans un cas comme dans l'autre, l'acheteur dispose en outre d'une action en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 208 al. 2 *in fine* et al. 3 CO dans le cas de l'action rédhitoire et sur l'art. 97 CO (soumis aux conditions particulières des actions édificiennes – ATF 107 II 419, JT 1982 I, p. 380 ss, 381) dans le cas de l'action minutoire.

En effet, si l'art. 119 al. 1 CO exonère dans ce cas le vendeur de toute responsabilité pour l'impossibilité fortuite d'exécution survenant après le moment du transfert du risque de la prestation, il ne le libère en revanche pas des conséquences d'une inexécution du contrat antérieure à ce moment, dont il doit répondre selon les art. 97 ss, 102 ss ou 197 ss CO⁶.

Les droits de l'acheteur de résoudre la vente ou de réclamer une réduction du prix, voire la livraison d'une marchandise de remplacement si la vente porte sur une chose déterminée par son genre, subsistent donc malgré la perte ou la détérioration fortuite de la chose après le moment du transfert des risques.

3.7 Cela étant, si ces droits de l'acheteur subsistent dans leur principe en cas de perte ou de détérioration fortuite de la marchandise, l'exercice de l'action rédhibitoire dans ces conditions appelle des précisions complémentaires.

En principe, lorsque la chose vendue est entachée d'un défaut rédhibitoire, l'acheteur ne peut résoudre la vente et récupérer le prix qu'à la condition de pouvoir lui-même restituer au vendeur la pièce qu'il refuse.

Il est en effet généralement admis que l'art. 82 CO s'applique, à tout le moins par analogie, à la restitution des prestations en cas de résolution du contrat⁷. Les parties sont donc tenues de se rendre «trait pour trait» la chose et le prix, ce qui a pour conséquence que l'acheteur, qu'une perte ou une détérioration fortuite empêcherait de restituer la marchandise qu'il entend refuser en raison d'un défaut rédhibitoire, se verrait déchu de son droit de se départir du contrat⁸.

L'art. 207 al. 1 et 2 CO résout la difficulté en faveur de l'acheteur, en prescrivant qu'il conserve la faculté de résoudre le contrat «même si la chose a péri par [...] cas fortuit» et qu'il «n'est alors tenu de rendre que ce qui lui reste de la chose». Il incombe donc simplement à l'acheteur de prouver que la marchandise livrée était entachée, au plus tard au moment du transfert du risque de la prestation, d'un défaut rédhibitoire donnant droit à la garantie du vendeur⁹.

Bien que la loi ne le dise pas expressément, il convient d'assimiler au cas de perte prévu par l'art. 207 al. 1 CO «celui où la détérioration ou la «diminution» de la chose vendue est causée par un cas fortuit»¹⁰.

⁶ Cf. *supra*, ch. 2.20 ss.

⁷ Cf. STANISLAS, p. 132 et les réf. citées n. 17; voir également GAUCH/SCHLUEP, t. II, n° 2239.

⁸ Cf. STANISLAS, p. 121 et les réf. citées; ATF 109 II 26/JT 1983 I 260.

⁹ Cf. HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 12 à l'art. 197 CO.

¹⁰ STANISLAS, p. 121, ad n. 28 et les réf. citées chez GIGER, n. 9 à l'art. 207 CO.

Il n'y a en effet aucun argument raisonnable qui justifie que l'acheteur soit traité différemment selon que la chose affectée de défauts rédhibitoires est fortuitement perdue après le transfert des risques ou simplement détériorée. En outre, cette solution, si elle n'est pas expressément prévue par l'art. 207 al. 1 CO, est à tout le moins implicitement évoquée à l'art. 207 al. 2 CO, qui autorise l'acheteur à ne «rendre que ce qui lui reste de la chose».

2. *Effets des actions édiliciennes à disposition de l'acheteur sur son obligation de payer le prix au titre du transfert des risques*

aa. La résolution du contrat

3.8 Si la marchandise destinée à l'acheteur—corps certain ou chose de genre dûment individualisée—présente des défauts rédhibitoires dont le vendeur est garant, l'acheteur peut donc soit résoudre la vente, soit agir en réduction du prix.

S'il résout la vente, il peut s'opposer à toute action en paiement¹¹. S'il a déjà versé le prix en tout ou partie, il peut en outre en réclamer le remboursement¹². En tout état, il peut demander le versement de dommages-intérêts¹³.

3.9 Ainsi que l'on vient de le voir, l'acheteur peut exercer ses droits, même si la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert du risque de la prestation.

Si, dans un tel cas, il résout le contrat ainsi que l'art. 207 CO l'y autorise, il est donc définitivement libéré de son obligation de payer le prix, et ce malgré l'impossibilité objective et subséquente d'exécution dans laquelle le vendeur se trouve sans sa faute, et qui devrait normalement conduire à l'application des art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO et entraîner l'obligation de l'acheteur de payer le prix de la marchandise fortuitement perdue.

Ce moyen à disposition de l'acheteur fonde ainsi une importante dérogation aux règles sur le transfert des risques¹⁴.

¹¹ Bien que l'art. 208 al. 2 CO ne le dise pas expressément, c'est là une conséquence logique propre à tout cas de résolution; cf. par exemple l'art. 109 al. 1 CO, qui règle les conséquences de la résolution en cas de demeure.

¹² Art. 208 al. 2 CO *in initio*.

¹³ Négatifs, aux conditions de l'art. 208 al. 2 *in fine* et al. 3 CO; voir sur ce point dans le même sens les avis de SCHÖNLE, SJ 1977, pp. 482 ss, et STANISLAS, pp. 140 ss, **141**, **147 in fine** et **148**, ainsi que leurs réf. à une doctrine majoritaire contraire.

¹⁴ Cf. TERCIER, p. 60, n° 468; STANISLAS, pp. 121 s.

bb. La réduction du prix

3.10 Si l'acheteur exerce l'action minutoire, le contrat est maintenu. Il reste dès lors débiteur du prix convenu au titre du transfert des risques, tout en étant créancier d'une indemnité pour la moins-value subie par la chose du fait des défauts dont elle est entachée.

Le cas échéant, la dette de prix de l'acheteur pourra être compensée à concurrence du montant des créances qu'il peut avoir lui-même contre le vendeur en raison des vices de la marchandise¹⁵. En tout état, il resterait donc tenu d'une portion du prix, en échange de laquelle il n'obtiendrait rien ou ne recevrait qu'une chose défectueuse et en outre altérée par l'événement fortuit.

3.11 Il s'ensuit que, si la marchandise défectueuse est fortuitement perdue ou détériorée et que l'acheteur a la faculté de résoudre le contrat, il n'aura en principe aucun intérêt à agir en réduction du prix, bien qu'il en ait également la possibilité.

3. *Le cas particulier du cas fortuit frappant un ensemble de pièces (cargaison) ou plusieurs choses dont certaines sont défectueuses*

3.12 Les explications qui précèdent ne valent en principe que dans les ventes portant sur des marchandises isolées ou sur des cargaisons intégralement défectueuses (art. 209 al. 1 CO a contrario). En effet, selon l'art. 209 CO, la vente d'une cargaison ou d'un ensemble de pièces partiellement défectueux suit un régime différent.

3.13 Que la vente porte sur plusieurs choses à la fois (art. 209 al. 1 CO, 1^{ère} hypothèse)¹⁶ ou sur un ensemble de pièces (art. 209 al. 1 CO, 2^e hypothèse)¹⁷, si certaines des pièces¹⁸ sont affectées de défauts rédhibitoires, la résolution du contrat ne peut être demandée que pour celles-ci.

¹⁵ Si la créance résultant de la moins-value est égale à la dette de prix, l'acheteur ne peut demander que la résolution (art. 205 al. 3 CO).

¹⁶ Ce sont donc des pièces qui objectivement ne vont pas ensemble mais qui, notamment par commodité, sont délivrées en même temps par le vendeur; cf. STANISLAS, p. 127.

¹⁷ Dans ce cas, toutes les pièces «vont ensemble», en sorte que leur ensemble constitue la chose vendue, p. ex. une cargaison de caisses de vin; cf. STANISLAS, même réf.

¹⁸ Par pièces défectueuses, il ne faut pas comprendre les éléments physiquement séparés mais bien «les unités de marchandises conformes aux usages d'affaires», p. ex. la caisse de 12 bouteilles de vin (et non chaque bouteille individuellement); cf. STANISLAS, pp. 126 s. et les réf. citées n. 59 en bas de page.

Cela vaut sous réserve toutefois:

- de l'art. 209 al. 2 CO, qui admet l'extension de la résolution à toute la vente lorsque «la chose ou la pièce défectueuse ne peut être détachée de celles qui sont exemptes de défauts sans un préjudice notable pour l'acheteur ou le vendeur»¹⁹;
- de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat que les différentes pièces partagent le même sort juridique²⁰;
- de l'art. 209 al. 3 CO, qui admet que l'on étende aux accessoires la résolution qui porte sur la chose principale.

3.14 Sous ces réserves, les effets juridiques d'une perte ou d'une détérioration fortuite touchant, après le moment du transfert des risques, une cargaison partiellement défectueuse sont les suivants.

Seules les pièces pour lesquelles il peut être établi qu'elles étaient entachées d'un vice rédhibitoire avant le moment du transfert des risques pourront être refusées par l'acheteur, qui sera dès lors légitimé à ne pas en payer le prix. En revanche, les autres pièces de la cargaison, non défectueuses mais éventuellement touchées par l'événement fortuit, ne pourront être refusées par l'acquéreur, qui sera obligé d'en payer le prix conformément aux art. 119 al. 1 et 3 et 185 CO, même s'il ne les reçoit pas ou ne les obtient qu'incomplètement ou imparfaitement.

¹⁹ Voir sur ce point STANISLAS, pp. 127 s. et les réf. citées, en particulier l'exemple tiré de l'ATF 34/1908 II 701, 708: dans une vente de 1202 siphons dont 31 avaient été trouvés défectueux par l'acheteur après l'examen de 70 des pièces livrées, le TF en a déduit que 44 % de la marchandise étaient défectueux et a admis en conséquence la résolution de tout le contrat (et non une résolution partielle) au motif qu'une telle résolution partielle ne serait possible qu'au terme d'un contrôle par l'acheteur du fonctionnement de chaque siphon, ce qui, vu le nombre livré en l'espèce, entraînerait un trop grand sacrifice de temps et d'argent.

²⁰ L'art. 209 CO est de droit supplétif; cf. STANISLAS, pp. 126 et les réf. citées n. 56 en bas de page et p.128, let. b et les réf. citées.

4. *Le cas particulier du remplacement d'une chose de genre défectueuse malgré sa perte ou sa détérioration fortuite après le moment du transfert des risques*

aa. Généralités et champ d'application de l'art. 206 CO

3.15 Lorsque la vente porte sur une chose déterminée par son genre²¹ et que la pièce livrée à l'acheteur est défectueuse, celui-ci peut exercer, en plus des autres moyens à sa disposition, l'action en remplacement prévue par l'art. 206 CO.

L'acheteur peut donc à son choix résoudre la vente – si les conditions de l'action rédhibitoire sont remplies –, agir en réduction du prix ou encore – c'est là l'élément particulier traité ici – réclamer au vendeur la livraison d'une autre pièce du même genre, en bon état. Peu importe pour l'exercice de ce droit que les vices de la marchandise soient rédhibitoires ou non.

3.16 En accord avec la jurisprudence et la doctrine récentes²², l'art. 206 CO et plus généralement les art. 197 CO ss sanctionnent exclusivement la livraison d'une chose répondant à toutes les spécifications du genre convenu entre les parties mais présentant un défaut au sens de l'art. 197 CO (Schlechtlieferung – mauvaise exécution): la chose livrée est un *pejus*, c'est-à-dire, concrètement, une chose du genre convenu, mais en mauvais état ou d'une qualité inférieure à la qualité moyenne²³.

Ainsi, le contrat porte sur la vente d'une voiture neuve, modèle de l'année, avec diverses options (toit ouvrant, climatiseur etc.). La fourniture d'un modèle présentant tous ces éléments mais dont l'une des options est défec-

²¹ Cf. WEBER, n. 13 ss à l'art. 71 CO; GAUCH/SCHLUEP, t. I, n. 98. Malgré sa formulation, l'art. 206 al. 1 CO n'est pas limité aux seules choses fongibles; cf. ATF 94 II 26/JT 1969 I 322.

²² Cf. HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 3 à l'art. 206 CO; STANISLAS, pp. 176 à 178; SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO; ATF 121 III 453, 457-458. Voir chez STANISLAS, *loc. cit.*, l'exposé et la critique convaincante d'une doctrine contraire. Avis particulier chez WEBER, n. 89 ss à l'art. 71 CO, (partiellement inspiré, semble-t-il de GIGER, n. 49 des remarques préliminaires aux art. 197-210 CO), qui n'admet l'action générale en inexécution qu'en cas d'*aliud* grossier et reconnaît pour le surplus à l'acheteur un choix entre les art. 97 ss CO et 197 ss CO lorsqu'il est difficile de déterminer si la chose livrée est un *aliud* ou un *pejus*. Voir à ce propos la critique de SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO.

²³ Lorsqu'aucune qualité particulière n'est stipulée, la chose offerte par le vendeur ne peut être d'une qualité inférieure à la qualité moyenne (art. 71 al. 2 CO). S'il fournit néanmoins une chose du genre convenu mais d'une qualité inférieure à la qualité moyenne, ce manquement constitue un défaut au sens de l'art. 197 CO. Cf. notamment SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO; ATF 121 III cité.

tueuse (le climatiseur ne fonctionne pas p. ex.) ouvre la voie aux actions en garantie, notamment à l'action en remplacement²⁴: la chose vendue, conforme au genre convenu, présente en effet des défauts.

3.17 L'art. 206 CO ne s'applique pas la livraison d'une chose qui ne présente pas tous les éléments du genre convenu²⁵. Dans ce cas, en effet, la chose livrée est un *aliud*, c'est-à-dire une autre chose que la chose commandée²⁶. Le contrat n'est donc pas exécuté (*Nicht- oder Falschlieferung*), en sorte que l'acheteur conserve contre le vendeur une action générale en exécution du contrat. L'état (bon ou défectueux) de la marchandise n'a ici aucune importance.

Ainsi, la fourniture d'un véhicule qui n'offre pas toutes les options convenues — c'est le modèle de l'année précédente, il n'a pas de climatiseur etc. — est une livraison d'une chose d'un autre genre (*aliud*), puisque toutes les caractéristiques du genre convenu ne sont pas présentes. Cette pièce n'est donc pas encore la chose vendue, que le vendeur s'est obligé à livrer (art. 184 al. 1 CO). Cette inexécution soumet le vendeur à l'action générale de l'acheteur en exécution²⁷, qui est autorisé pour sa part à retenir le paiement du prix

²⁴ Sous réserve, bien entendu, d'une exclusion conventionnelle (presque incontournable chez les professionnels de la branche automobile) de la garantie du Code des obligations au profit d'une garantie limitée à la réparation.

²⁵ ATF 121 III 453, 458. HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 3 à l'art. 206 CO; SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO; STANISLAS, p. 177; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3178; WEBER, n. 85 à l'art. 71 CO. Pour déterminer si la chose livrée présente ou non toutes les caractéristiques du genre convenu par les parties, il y aura lieu, le cas échéant, d'interpréter le contrat selon le principe de la confiance, ATF 121 III 453, 457, SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO et les renvois.

²⁶ En accord avec la jurisprudence et une partie de la doctrine, est un *aliud* toute marchandise qui ne présente pas toutes les caractéristiques du genre contractuellement défini par les parties (ATF 121 III 453, 457; STANISLAS, p. 176; SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO; PETITPIERRE, in Mélanges Deschenaux, p. 333, ch. 3). Voir cependant HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 2 à l'art. 206 CO, WEBER, n. 91 *in initio* à l'art. 71 CO, ou encore GIGER, n. 50 des remarques préliminaires aux art. 197-210 CO, qui ne qualifie d'*aliud* que les marchandises qui divergent grossièrement («krass», «ganz erheblich» oder «ganz offensichtlich») des spécifications contractuelles. Cette approche est à juste titre critiquée par le Tribunal fédéral.

²⁷ Art. 19 et art. 102 ss CO, notamment 107 al. 2, 1ère hypothèse. Cf. à ce propos ATF 121 III 453, 458; HONSELL, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 3 à l'art. 206 CO; SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO; STANISLAS, p. 177; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3178. Avis particulier chez WEBER, n. 85 à l'art. 71 CO, qui, à la suite apparemment de GIGER, n. 49 des remarques préliminaires aux art. 197-210 CO, admet bien dans son principe que la livraison d'un *aliud* grossier soit sanctionnée par les règles générales sur l'inexécution du contrat mais qui considère au surplus que l'acheteur devrait avoir le libre choix entre cette action générale et les règles sur la garantie lorsque la délimitation entre *pejus* et *aliud* est malaisée.

aussi longtemps que le vendeur ne lui offre pas la chose vendue²⁸. Appliquer à ce stade les dispositions sur la garantie serait un contresens, puisque cela reviendrait à considérer que la livraison d'une voiture sans climatiseur est équivalente à la livraison d'une voiture avec climatiseur défectueux²⁹.

L'action en remplacement de l'art. 206 CO n'est donc pas une action générale en exécution des obligations. Elle est exclusivement une action en garantie, accordée à l'acheteur en raison des défauts que présente une chose en soi conforme aux spécifications contractuelles du genre convenu.

bb. Remplacement d'une chose de genre défectueuse malgré sa perte ou détérioration fortuite

3.18 On l'a vu, la garantie du vendeur selon les art. 197 CO ss s'étend à tous les défauts qui entachent la chose au moment du transfert du risque de la prestation.

Cela a pour conséquence que si la chose de genre destinée à l'acheteur est défectueuse à ce moment, il naît dans les actifs de l'acheteur une créance en garantie déduite des art. 205 CO ss, en particulier 206 CO si les conditions en sont remplies³⁰. Cela signifie que, dès ce moment-là et pour autant, bien sûr, que les exigences des art. 197 CO ss, en particulier 201 et 210 CO soient respectées, l'acheteur a notamment une créance en remplacement, augmentée le cas échéant d'une indemnité pour le dommage³¹ que lui cause la livraison d'une chose défectueuse.

²⁸ Art. 82, 184 al. 1 et 2 et 211 al. 1 CO.

²⁹ Le Tribunal fédéral a néanmoins longtemps maintenu la confusion sur ce point dans un *obiter dictum* de l'arrêt Cencini c. van Paasen (ATF 94 II 26) – critiqué à juste titre par STANISLAS, p.177 –, en appliquant à la livraison d'un *aliud* à la fois les règles sur la garantie et celle sur l'inexécution des obligations en général. Il est revenu sur sa position dans une jurisprudence récente (ATF 121 III 453 déjà cité), dans laquelle il reconnaît en accord avec la doctrine dominante que «die Lieferung eines *aliud* stelle keinen Tatbestand der Sachgewährleistung, sondern eine Nichterfüllung dar, welche sich ausschliesslich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug beurteile» (p. 458). Voir néanmoins chez PETITPIERRE, in *Mélanges Deschenaux*, p. 333, ch. 3, une certaine réticence à l'égard de la position dogmatique adoptée ici.

³⁰ C'est-à-dire (1) vente portant sur la livraison d'une chose déterminée uniquement par son genre, (2) individualisation par le vendeur d'une chose présentant toutes les caractéristiques du genre convenu et (3) défectuosité de cette chose au sens de l'art. 197 CO.

³¹ Malgré le silence de la loi, une telle action en dommages-intérêts *doit* exister en pareille hypothèse, basée, à l'instar de ce qui vaut en cas d'action minutoire, sur la règle générale de l'art. 97 CO et soumise aux exigences particulières des art. 197 CO ss en matière de vérification, d'avis des défauts et de prescription.

3.19 Ainsi que cela a déjà été souligné, la perte ou la détérioration fortuite de la chose de genre défectueuse après le moment du transfert des risques ne peut porter atteinte à cette créance de l'acheteur, qu'il pourra ainsi faire valoir contre son vendeur, nonobstant la perte ou la détérioration fortuite. Avec pour conséquence que c'est en définitive le vendeur qui, malgré l'événement fortuit, supporte les risques de l'opération, puisqu'il doit le cas échéant apporter deux fois sa prestation tout en ne recevant de l'acheteur qu'un seul paiement du prix³².

3.20 En principe, le transfert des risques de la pièce de remplacement doit suivre les règles qui régissaient la première livraison, notamment celles fixant le moment du transfert des risques.

Il est toutefois possible que, malgré une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise de remplacement après le moment du transfert des risques, le vendeur soit déchu de son droit de réclamer le prix à l'acheteur au titre du transfert des risques.

Tel peut être le cas lorsque le vendeur se trouve en demeure de débiteur avant ou, au plus tard, au moment de l'exécution de la prestation de remplacement. Il est alors responsable de tout cas fortuit (art. 103 al. 1 CO *in fine*), ce qui le prive de l'effet libératoire de l'art. 119 al. 1 CO et l'empêche de se prévaloir des art. 119 al. 3 et 185 CO³³. Une demeure fautive du vendeur survenant avant ou pendant l'exécution de la prestation de remplacement est donc un obstacle au transfert des risques de cette dernière.

Le vendeur peut tenter de se libérer de la responsabilité pour cas fortuit qu'il encourt en cas de demeure, en apportant la preuve qu'il s'est trouvé en demeure sans sa faute (art. 103 al. 2 CO). Cette preuve libératoire peut néanmoins être difficile à faire lorsque le retard dans la livraison d'une pièce non défectueuse est dû à une première livraison qui était entachée de défauts mais qui ne l'aurait peut-être pas été si le vendeur avait fait preuve de toute l'attention nécessaire.

Si le vendeur n'est pas en demeure, il ne répond pas de la perte ou de la détérioration fortuite de la marchandise de remplacement³⁴. Toutefois, même dans ce cas, on peut se demander si l'acheteur, auquel le prix de cette seconde

³² A noter que l'acheteur est en droit de retenir le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur lui offre la pièce de remplacement (art. 82, 184 al. 2 et 213 al. 1 CO).

³³ Cf. *supra*, ch. 2.138a.

³⁴ Il n'est donc pas dans l'intérêt de l'acheteur d'accepter un arrangement (tel par exemple l'octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution de la prestation de remplacement) contenant expressément ou implicitement une renonciation à se prévaloir de la demeure du vendeur.

marchandise est réclamé au titre du transfert des risques, ne devrait pas être autorisé à s'opposer à la réclamation du vendeur en invoquant les circonstances particulières réservées par l'art. 185 CO: en tout cas, cette possibilité devrait être admise lorsqu'il apparaît que la première livraison n'aurait pas été entachée de défauts – avec pour conséquence qu'elle n'aurait pas été refusée et que l'acheteur n'aurait donc pas eu à supporter les risques de la perte fortuite de la seconde – si le vendeur avait fait preuve, lors de la préparation, de l'individualisation ou de l'expédition de la première prestation, de toute l'attention que l'acheteur eût été en droit d'attendre de lui.

3.21 Si la vente porte sur un ensemble de pièces dont une partie seulement est défectueuse, et que cette cargaison est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques, l'acheteur ne pourra réclamer au vendeur que le remplacement des marchandises affectées de défauts³⁵ et devra, au titre du transfert des risques, payer le prix des pièces non défectueuses mais éventuellement fortuitement perdues ou abîmées.

Dans ce cas, s'il en a la faculté³⁶, l'acheteur peut donc avoir tout intérêt à résoudre le contrat dans son ensemble.

cc. Le cas particulier de la perte ou détérioration fortuite d'un *aliud* après le moment du transfert des risques

3.22 Dans la vente de choses déterminées par leur genre, le vendeur a l'obligation d'individualiser et de livrer à l'acheteur une ou des marchandises conformes au genre convenu, c'est-à-dire aux spécifications contractuelles, et dont la qualité ne saurait être inférieure à la qualité moyenne³⁷.

Si le vendeur livre une chose conforme au genre convenu mais de qualité inférieure à la qualité moyenne (un *pejus*), l'acheteur peut la refuser³⁸ ou l'accepter. S'il l'accepte, il peut néanmoins agir en garantie contre le vendeur en raison de l'absence de la qualité attendue (art. 71 al. 2 et 197 al. 1 CO)³⁹.

³⁵ Cf. *supra*, ch. 3.13, avec les trois réserves qui y ont été faites.

³⁶ En particulier, s'il n'est pas limité à une résolution partielle, cf. *supra*, ch. 3.13 s.

³⁷ Art. 185 al. 2 *in initio* et 71 al. 2 CO; cf. également SCHÖNLE, n. 82 *in initio* à l'art. 185 CO; WEBER, n. 77 ss à l'art. 71 CO.

³⁸ Elle ne lui serait en effet pas *régulièrement offerte* au sens de l'art. 91 CO, en sorte qu'il aurait un *motif légitime* de la refuser. Voir aussi art. 211 al. 1 CO *a contrario*, ainsi que SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO.

³⁹ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO.

L'acheteur dispose des moyens exposés ci-dessus, même si le *pejus* est fortuitement perdu ou altéré après le moment du transfert des risques⁴⁰.

3.23 Le cas qui nous intéresse ici est celui du vendeur qui livre, non un *pejus*, mais un *aliud*, c'est-à-dire une chose qui ne présente pas toutes les caractéristiques du genre contractuellement prévu. Le vendeur ne fournit pas la chose vendue mais autre chose.

Cette livraison fautive ne saurait valoir exécution du contrat conclu. Il s'agit tout au plus d'une contre-offre ou d'une nouvelle offre du vendeur, que l'acheteur est libre d'accepter ou de refuser conformément aux règles générales en matière de conclusion des contrats (art. 1 ss CO). Si l'acheteur refuse l'*aliud*, il doit le restituer au vendeur⁴¹. Dans cette hypothèse, il conserve son action en exécution du contrat originel (art. 19 et 184 al. 1 CO), qui lui permet notamment de mettre le vendeur en demeure aux conditions des art. 102 ss CO. A noter que cette solution n'est pas limitée aux ventes de choses de genre et qu'elle doit également s'appliquer aux contrats portant sur des corps certains.

3.24 Ainsi, en l'absence de contrat de vente entre les parties portant sur l'*aliud*, une perte ou une détérioration fortuite de celui-ci après le moment auquel, normalement, le risque de la prestation aurait dû être transféré à l'acheteur n'a aucun effet libératoire pour le vendeur. Une telle perte ou détérioration fortuite ne porte donc aucune atteinte à la faculté qu'a l'acheteur d'agir en exécution contre le vendeur, voire de le mettre en demeure et de lui réclamer, en outre, d'éventuels dommages-intérêts de retard.

L'individualisation et la livraison d'un *aliud* ne peuvent donc opérer de transfert des risques⁴². Cela est du reste confirmé par le fait que l'individualisation d'une marchandise conforme aux spécifications du contrat est une condition *sine qua non* du transfert des risques dans la vente de choses déterminées par leur genre⁴³. Ainsi, l'individualisation d'un *aliud* ne satisfait clairement pas à la première condition posée par l'art. 185 al. 2, 1ère phrase CO.

⁴⁰ Cf. *supra*, ch. 3.15.

⁴¹ Conformément à l'art. 641 CCS, puisqu'en l'absence de contrat entre les parties portant sur cet objet, le vendeur en est resté propriétaire. Cf. également SCHÖNLE, n. 82 à l'art. 185 CO.

⁴² Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 32 *in fine* à l'art. 185 CO.

⁴³ Cf. l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase; voir également GIGER, n. 34 à l'art. 185 CO, ainsi que ATF 94 II 26, JT 1969 I, p. 322.

3.25 Cela étant, en raison des règles sur la conclusion des contrats, l'acheteur devra prendre toute mesure utile afin de ne pas se voir opposer une éventuelle acceptation tacite de l'*aliud*, faute de l'avoir refusé expressément dans le «délai raisonnable» prévu à l'art. 6 CO. Car si l'acheteur est réputé avoir accepté l'*aliud*, le contrat sera considéré comme valablement conclu, en sorte que le prix sera dû conformément aux règles générales (art. 1 al. 1, 6, 19, 184 al. 1 et 2, 211 al. 1 et 213 al. 1 CO), voire, le cas échéant, en vertu des dispositions sur le transfert des risques.

Section B

Dans la Convention de Vienne

- a. Aperçu des règles applicables lorsqu'une marchandise présente des défauts de conformité
1. *Régime juridique identique en cas de livraison d'un aliud ou d'une marchandise défectueuse*

3.26 Selon l'art. 35 al. 1 CV, le vendeur a l'obligation de «livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat»⁴⁴.

Le deuxième alinéa de cette disposition précise encore, sous litt. a, qu'à défaut de stipulation contractuelle contraire, les pièces livrées par le vendeur doivent être propres à l'usage qui est habituellement fait de marchandises du même type.

Le vendeur répond selon les art. 36 al. 1 et 45 ss CV de toute livraison de marchandises qui, au moment du transfert du risque du prix selon les art. 67 à 69 CV, ne satisfont pas à ces exigences.

3.27 Un *aliud*, c'est-à-dire une chose ne présentant pas toutes les caractéristiques du genre convenu par les parties, est, selon les termes de l'art. 35 al. 1 CV, une marchandise dont le *type* ne répond pas à celui qui est prévu au contrat. Il s'agit donc d'un défaut de conformité de la marchandise (art. 35 al. 1 CV *a contrario*)⁴⁵, qui engage la responsabilité du vendeur (art. 36 al. 1 CV). Ce dernier peut de ce chef se voir reprocher une contravention au contrat, en raison de laquelle l'acheteur peut agir selon les règles sanctionnant la livraison de marchandises non conformes (art. 45 ss CV)⁴⁶. En revanche, l'acheteur ne peut invoquer l'art. 49 al. 1 litt. b CV qui, vu son texte et la systématique des art. 35 ss et 45 ss CV, ne s'applique qu'aux cas dans lesquels le vendeur ne s'acquitte pas de la livraison, c'est-à-dire ne livre rien ou livre en violation de l'art. 31 CV⁴⁷.

Un *pejus*, c'est-à-dire une chose défectueuse ou d'une qualité insuffisante, est une marchandise dont la *qualité* ne répond pas à celle qui est prévue au contrat, voire une chose impropre aux usages auxquels serviraient habi-

⁴⁴ Cf. le texte anglais de l'art. 35 al. 1 CV: «... goods which are of the quantity, quality and description required by the contract...».

⁴⁵ Cf. dans le même sens HUBER, n. 36 à l'art. 31 CV et n. 19 à l'art. 49 CV.

⁴⁶ Cf. dans le même sens HONNOLD, n. 256.1 aux art. 39, 40 et 44 CV.

⁴⁷ Cf. dans le même sens HUBER, n. 36 à l'art. 31 CV et n. 18 à l'art. 49 CV.

tuellement des marchandises du même type. A nouveau, selon une réflexion identique à celle faite ci-dessus, sa livraison constitue donc une contravention au contrat conférant à l'acheteur les moyens prévus par les art. 45 ss CV, à l'exception de la résiliation pour cause de non-livraison (art. 49 al. 1 litt. b CV).

Ainsi, à la différence du droit suisse qui distingue la «*Schlechtlieferung*» (*pejus*) et la «*Falschlieferung*» (*aliud*), la Convention de Vienne, par le recours à une définition très large du défaut de conformité (art. 35 CV a contrario), soumet la fourniture d'un *aliud* au même régime juridique que celle d'un *pejus*⁴⁸.

3.28 Cet avis, qui est également celui d'une doctrine majoritaire⁴⁹, est toutefois (partiellement) contesté par certains auteurs⁵⁰, qui distinguent selon que l'*aliud* ne présente que des déviations mineures par rapport aux spécifications contractuelles ou, au contraire, se révèle être un *aliud* grossier.

En effet, pour ces auteurs, «lorsque les particularités de la chose livrée correspondent dans l'ensemble à ce qui a été prévu et que la marchandise ne s'écarte du contrat que pour certains aspects, il s'agit dans le doute de la livraison en exécution de la vente, et il faut conclure à la fourniture d'un bien convenu mais non conforme au contrat»⁵¹. Dans ce cas, l'acheteur disposerait de tous les moyens prévus aux art. 36 et 45 ss CV.

Cela étant, lorsque la marchandise fournie à l'acheteur est un *aliud* grossier, c'est-à-dire qu'elle «diverge tellement du contrat qu'un vendeur raisonnable ne peut pas supposer selon le principe de la confiance que l'acheteur veut l'accepter par son silence», il n'y aurait pas exécution de la vente, en sorte que l'acheteur serait en droit de refuser les biens livrés et d'impartir au vendeur un délai supplémentaire pour fournir la marchandise prévue dans le contrat (art. 49 al. 1 litt. b CV)⁵².

⁴⁸ Cf. HONNOLD, n. 256.1 aux art. 39, 40 et 44 CV, ainsi que n. 222 s. à l'art. 35 CV.

⁴⁹ Cf. HONNOLD, cité note précédente; HEUZÉ, p. 191; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 35 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, pp. 54 et 79; WILL, n. 2.1.1.1 ad art. 46 CV; HONSELL, RSJ 1992, p. 351; AICHER, *in* HOYER/POSCH, pp. 120 ss; STUMPF (commentaire von CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, 1ère éd.), n. 6 à l'art. 35 CV; HUBER, n. 36 à l'art. 31 CV, n. 24 à l'art. 46 CV et n. 8 *in fine* et 18 s. à l'art. 49 CV; SCHWENZER, n. 4 et 10 à l'art. 35 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5 à l'art. 35 CV (à noter qu'ENDERLEIN/MASKOW, dans la première édition de leur commentaire avec STARGARDT, soutenaient, n. 2 à l'art. 25 CV, un avis partiellement opposé; voir à ce propos la note suivante).

⁵⁰ Cf. essentiellement NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 35 CV et 7 à l'art. 66 CV. Cf. aussi ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 à l'art. 25 CV; ERDEM, p. 70, ch. 348.

⁵¹ NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 35 CV, p. 274 *in fine*.

⁵² NEUMAYER/MING, n. 3, 1er paragraphe, à l'art. 35 CV.

3.29 L'examen de la construction que propose la doctrine minoritaire révèle qu'elle est étrangère au système que les auteurs de la Convention de Vienne ont voulu mettre en place.

En effet, le texte et la systématique des art. 35, 36 et 45 ss CV n'opèrent pas et ne paraissent pas autoriser la distinction que fait la doctrine minoritaire entre, d'une part, la fourniture d'un *aliud* grossier ne constituant pas une livraison en exécution de la vente et, d'autre part, la fourniture d'une marchandise ne s'écartant du contrat que pour certains aspects et valant dès lors livraison en exécution de la vente. A teneur de l'art. 35 CV *a contrario*, il y a défaut de conformité entraînant les sanctions des art. 36 et 45 ss CV⁵³ dès que la marchandise livrée diffère objectivement du type contractuellement défini, et cela quelle que puisse être l'importance de la divergence entre ce qui a été convenu et ce qui est livré⁵⁴. Dans l'esprit de la Convention de Vienne, tous ces cas de divergence (légère ou importante) entre le genre convenu et le genre livré sont donc considérés comme livraison d'une marchandise entachée d'un défaut de conformité.

A cela s'ajoute que la distinction suggérée par la doctrine minoritaire recourt à des notions imprécises: *aliud grossier divergeant fondamentalement du contrat, chose livrée dont les particularités correspondent dans l'ensemble à ce qui a été prévu et qui ne s'écarte du contrat que pour certains aspects...* Ainsi, non seulement la doctrine minoritaire développe ici des notions étrangères au texte clair et à la systématique de la loi, mais en outre, elle crée, par le recours à ces notions indéterminées, le risque d'une certaine insécurité contraire à l'impératif d'uniformité poursuivi par l'art. 7 al. 1 CV.

3.30 Il convient donc de s'en tenir à l'avis présenté ci-dessus, partagé par la doctrine majoritaire: la livraison d'un *aliud*, quelle que soit l'importance de la divergence entre ce qui a été convenu et ce qui a été livré, est soumise au même régime juridique que la fourniture d'un *pejus*.

Cela s'impose d'autant plus que l'enjeu de la controverse développée par la doctrine minoritaire — éviter que l'acheteur auquel est livré un *aliud* grossier ne soit désavantagé par l'obligation de dénoncer ce défaut conformément à l'art. 39 CV⁵⁵ — paraît singulièrement mince.

⁵³ A l'exception de la sanction prévue par l'art. 49 al. 1 litt. b CV.

⁵⁴ Cf. HUBER, n. 36 à l'art. 31 CV. A noter dans ce contexte qu'à aucun stade de l'élaboration de la Convention de Vienne, il n'a été question de reprendre l'art. 33 al. 2 de la LUVI de 1964, qui distinguait expressément les divergences insignifiantes et les différences importantes. En particulier, une requête australienne de réintroduire une disposition inspirée de l'ancien art. 33 al. 2 LUVI a été rejetée. Voir à ce propos Documents Officiels, p. 112, litt. C, ii, ch. 6.

⁵⁵ Cf. NEUMAYER/MING, n. 3 *in fine* à l'art. 35 CV.

En effet, si le vendeur *sait ou ne peut ignorer* qu'il a livré un *aliud* grossier, l'acheteur n'est pas tenu de dénoncer les défauts pour sauvegarder ses droits (art. 40 CV). La livraison d'un *aliud* grossier constituant en principe une contravention essentielle au contrat, l'acheteur sera donc autorisé, même sans avis des défauts, à réclamer la livraison d'une marchandise de remplacement du genre convenu (art. 46 al. 2 CV), voire à résoudre la vente (art. 49 al. 1 litt. a CV).

Pour le cas où le vendeur *ignore* la divergence grossière de genre — l'erreur provient par exemple d'une interversion commise à l'insu du vendeur par le transporteur indépendant —, l'acheteur qui entend se prévaloir de la mauvaise exécution du contrat reste effectivement tenu de la dénoncer dans un délai raisonnable, conformément à l'art. 39 CV. Cela étant, si l'on soumettait la livraison d'un *aliud* grossier à l'art. 49 al. 1 litt. b CV ainsi que le propose la doctrine minoritaire, l'acheteur serait également tenu de dénoncer l'inexécution au vendeur, afin de le mettre en demeure de livrer une pièce du genre convenu⁵⁶. Or, conformément aux règles générales de la bonne foi⁵⁷, cette interpellation devrait intervenir dans un délai qui ne soit pas abusif. Dans les faits, la solution préconisée par la doctrine minoritaire ne dispense donc pas non plus l'acheteur de dénoncer au vendeur la divergence grossière de genre dans un délai «raisonnable».

La solution majoritaire, qui applique à la livraison d'un *aliud* — qu'il soit grossier ou non — les règles générales sur la responsabilité du vendeur en cas de défaut de conformité, ne place donc pas l'acheteur dans une situation plus défavorable que l'art. 49 al. 1 litt. b CV⁵⁸. En outre, cette solution, développée principalement en considération des ventes de choses de genre, doit également s'appliquer aux ventes de corps certains dans lesquelles le vendeur livre une chose différente de celle qui a fait l'objet de l'accord des parties⁵⁹; il n'y aurait en effet aucune raison de soumettre la livraison d'un *aliud* à deux régimes différents, selon qu'elle intervient dans une vente de choses de genre

⁵⁶ Cf. art. 49 al. 1 litt. b CV, en rapport avec l'art. 47 al. 1 CV. Voir également NEUMAYER/MING, n. 3, 1er paragraphe, à l'art. 35 CV.

⁵⁷ Cf. art. 7 CV et HERBER, n. 37 s. à l'art. 7 CV.

⁵⁸ Voir du reste dans le même sens HUBER, n. 36 à l'art. 31 CV. A noter encore que le délai absolu de dénonciation de deux ans à compter de la remise effective des marchandises (cf. art. 39 al. 2 CV) n'aggrave pas non plus la position de l'acheteur, dans la mesure où il est quasiment impensable qu'un acheteur auquel on livre un *aliud* grossier et qui entend le refuser ne réagisse pas dans ce laps de temps.

⁵⁹ Cf. dans le même sens HUBER, n. 40 à l'art. 46 CV. A noter qu'en droit suisse également, la livraison d'un *aliud* dans la vente d'un corps certain serait soumise au même régime que dans la vente de choses de genre: dans les deux cas, l'acheteur disposerait en effet d'une action en exécution; voir à ce propos *supra*, ch. 3.23.

ou dans une vente de corps certains. Ce traitement uniforme est du reste conforme à la directive générale de l'art. 7 al. 1 CV.

2. *Aperçu des moyens à disposition de l'acheteur en cas de défaut de conformité*

3.31 Un défaut de conformité au sens qui vient d'être défini entraîne la responsabilité du vendeur (art. 36 al. 1 CV), c'est-à-dire l'application des art. 45 CV ss.

Ces dispositions confèrent à l'acheteur différents moyens, selon que les défauts constituent ou non une contravention essentielle au contrat.

Que la contravention soit essentielle ou non, l'acheteur dispose dans tous les cas, à condition de ne pas en être déchu (art. 39 CV), d'une action en réparation (art. 46 al. 3), assortie le cas échéant d'un délai supplémentaire d'exécution (art. 47 al. 1 CV), et d'une action en réduction du prix (art. 50 CV). Ces moyens sont cumulables avec une action en dommages-intérêts (art. 45 al. 2 CV).

En outre, aux conditions de l'art. 46 al. 1 CV, l'acheteur peut réclamer au vendeur l'exécution de toute obligation, fondée sur la Convention ou le contrat, qu'il aurait mal exécutée ou négligé d'accomplir. En effet, l'art. 46 al. 1 CV est une base légale générale pour toute action en exécution qui n'est pas expressément réglée par une norme spéciale de la Convention de Vienne⁶⁰. Ainsi, si le vendeur ne fournit pas les documents prévus par le contrat ou les usages de la branche, ou s'il tarde à livrer, ou s'il livre une marchandise grevée de droits de tiers, ou encore s'il n'a pas procédé au montage des marchandises alors qu'il s'y était engagé, ou enfin s'il viole son engagement de ne pas livrer des marchandises analogues aux concurrents de l'acheteur, celui-ci peut se fonder sur l'art. 46 al. 1 CV pour lui réclamer l'exécution du ou des devoirs enfreints⁶¹.

3.32 Lorsque le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV, l'acheteur peut en outre — à la condition de

⁶⁰ En revanche, l'action en exécution de l'art. 46 al. 1 CV ne fonde pas une action en livraison de marchandises de remplacement indépendante de celle prévue à l'al. 2 du même article. En effet, si tel devait être le cas, il serait possible à l'acheteur d'agir en remplacement de la marchandise même si les défauts de conformité qui affectent cette dernière ne constituent pas une contravention essentielle au contrat. Ce qui rendrait lettre morte la limitation de l'art. 46 al. 2 CV aux seuls cas de contravention essentielle (cf. dans un sens analogue, HUBER, n. 20 à l'art. 46 CV).

⁶¹ Voir notamment HUBER, n. 9 à l'art. 46 CV.

ne pas être déchu de ces droits (art. 39 et 49 al. 2 litt. b CV) – résoudre le contrat (art. 49 al. 1 litt. a CV) ou encore, s’il s’agit de choses de genre, réclamer des marchandises de remplacement (art. 46 al. 2 CV). Là également, ces moyens sont cumulables avec une action en dommages-intérêts (art. 45 al. 2 CV).

3.33 En cas de contravention essentielle au contrat, la résolution du contrat ou la livraison de marchandises de remplacement ne peuvent être demandées par l’acheteur qu’à la condition qu’il puisse lui-même restituer la marchandise qu’il refuse dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il l’a reçue (art. 82 al. 1 CV *a contrario*), sauf si l’impossibilité dans laquelle il se trouve de satisfaire à cette obligation n’est «*pas due à un acte ou une omission de sa part*» (art. 82 al. 2 litt. a CV).

b. Perte ou altération fortuite après le moment du transfert des risques d’une marchandise affectée d’un défaut de conformité constitutif d’une contravention essentielle au contrat

1. *Les droits de l’acheteur en raison d’un défaut constitutif d’une contravention essentielle ne sont pas affectés par l’événement fortuit*

3.34 En raison d’un défaut constitutif d’une contravention essentielle, l’acheteur a la faculté de résoudre le contrat, ce qui l’autorise à refuser le paiement du prix et à réclamer le cas échéant le remboursement de ce qu’il aurait déjà payé (art. 81 al. 2 CV). Il peut également demander la livraison de marchandises de remplacement, sans devoir pour autant verser à ce titre un supplément de prix⁶². En outre, il peut réclamer des dommages-intérêts aux conditions de l’art. 74 CV⁶³.

Par ailleurs, si une marchandise est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques, l’acheteur est tenu d’en payer le plein prix, même s’il ne reçoit rien ou ne se voit offrir qu’une chose diminuée ou altérée (art. 66 CV).

⁶² Cf. HAGER, n. 2 à l’art. 70 CV.

⁶³ Cf. *supra*, ch. 3.32 *in fine* et art. 36 al. 1, 45 al. 1 litt. a et b, 49 al. 1 litt. a et 74 ss CV.

3.35 Si une marchandise entachée d'un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle au contrat est fortuitement⁶⁴ touchée après le moment du transfert des risques, les moyens à disposition de l'acheteur du chef de la défectuosité — plus précisément son droit, en cas de résolution, de refuser le paiement du prix et/ou d'en réclamer le remboursement, ou encore son droit de demander des marchandises de remplacement sans devoir un supplément de prix — s'opposent donc à l'obligation que l'art. 66 CV met à sa charge d'accepter les éventuels restes de la marchandise et d'en payer le plein prix au titre du transfert des risques.

3.36 Cette opposition est réglée, à tout le moins en apparence, par l'art. 70 CV qui privilégie les droits qu'a l'acheteur en raison de la contravention essentielle du vendeur: «si le vendeur a commis une contravention essentielle au contrat, les dispositions des art. 67, 68 et 69 ne portent pas atteinte aux moyens dont l'acheteur dispose en raison de cette contravention».

En réalité, l'art. 70 CV ne fait que rappeler — au demeurant en des termes maladroits⁶⁵ donnant faussement à penser que cette construction ne vaudrait qu'en cas de contravention essentielle au contrat — une solution évidente résultant d'autres dispositions de la Convention de Vienne et valable quelle que puisse être la gravité de la contravention commise par le vendeur.

En effet, en cas de perte ou de détérioration fortuite de la chose vendue après le moment du transfert des risques, les art. 36 CV *a contrario* et 45 al. 1 CV *a contrario* libèrent le vendeur de toute responsabilité pour l'inexé-

⁶⁴ Pour que l'événement soit fortuit, la contravention essentielle du vendeur — par exemple un défaut de conformité — et la perte/détérioration de la marchandise doivent être totalement indépendantes l'une de l'autre (cf. HAGER, n. 2 à l'art. 70 CV); en particulier, la perte ou la détérioration ne doit pas être la conséquence de la contravention essentielle commise par le vendeur. Si tel était le cas, l'art. 66 CV ne s'appliquerait simplement pas.

⁶⁵ Cf. NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 70 CV; HAGER, n. 3 à l'art. 70 CV; Colloque de Lausanne de l'ISDC, réponse SEVON, p. 220; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 70 CV; GEIST, p. 354; ROTH, p. 305 *in fine*; SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 2 à l'art. 70 CV. Il ressort des travaux préparatoires de la Convention de Vienne (voir les réf. citées par HAGER, n. 3 à l'art. 70 CV, et par ROTH, pp. 305 s.) que la Commission de la CNUDCI avait décidé, en 1977 déjà, de biffer l'adjectif «essentiel» à l'art. 70 CV. Pour une raison inconnue, le qualificatif est resté malgré cette décision. En accord avec les auteurs qui se sont penchés sur la question (cf. essentiellement HAGER et ROTH, réf. citées ci-dessus, et NICHOLAS, n. 2.4 à l'art. 70 CV), il faut donc admettre que ce maintien constitue une simple erreur rédactionnelle sans portée particulière, et qu'en cas de transfert des risques, l'acheteur peut exercer tous les moyens dont il dispose selon les art. 45 ss CV, que la contravention du vendeur ait été essentielle ou non. Cf. également ZIEGLER U., p. 91.

cution du contrat due à la survenance de l'événement fortuit après le moment du transfert des risques⁶⁶.

A teneur du texte clair des art. 36 et 45 CV, cette libération du vendeur ne saurait cependant avoir la moindre incidence sur la responsabilité qu'il peut encourir par ailleurs du fait d'une contravention au contrat – essentielle ou non – *antérieure* au moment du transfert du risque de sa prestation; du chef de cette contravention et nonobstant la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques, l'acheteur conserve les divers moyens prévus aux art. 45 ss CV⁶⁷.

La Convention de Vienne consacre ainsi une solution de principe comparable à celle du droit suisse: les moyens à disposition de l'acheteur en raison d'un défaut de conformité dont le vendeur doit répondre – peu importe en définitive qu'il constitue ou non une contravention essentielle au contrat – subsistent en dépit de la perte fortuite de la marchandise défectueuse après le moment du transfert des risques.

3.37 Toutefois, ainsi qu'on l'a déjà évoqué, les moyens particuliers à disposition de l'acheteur en raison d'une contravention essentielle du vendeur – droit de résoudre le contrat et action en livraison de marchandises de remplacement – ne peuvent être exercés qu'à la condition que l'acheteur soit en mesure de «restituer les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues» (art. 82 al. 1 CV *a contrario*).

Lorsque la marchandise défectueuse a été fortuitement perdue ou altérée après le moment du transfert des risques, cette exigence supplémentaire posée par l'art. 82 al. 1 CV n'est cependant jamais un obstacle à une résolution du contrat par l'acheteur ou à une action en livraison de pièces de remplacement. A ce propos, trois illustrations:

- si la marchandise défectueuse est fortuitement détériorée après le moment du transfert des risques mais avant la tradition à l'acheteur, l'art. 82 al. 1 CV ne constitue pas un obstacle à la résolution du contrat par l'acheteur ou à une action de sa part en livraison de pièces de remplacement, puisqu'il lui sera précisément possible de restituer les marchandises au vendeur dans l'état (altéré) dans lequel il les aura reçues⁶⁸;

⁶⁶ Cf. *supra*, ch. 2.201 ss.

⁶⁷ Cf. notamment SEVON, p. 197 *in fine*; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 70 CV; HONNOLD, n. 380 à l'art. 70 CV; AUDIT, p. 93 *ad n.* 1 en bas de page; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 70 CV.

⁶⁸ Cf. dans le même sens GEIST, p. 354.

- si, au lieu d'être détériorée, cette marchandise défectueuse est fortuitement perdue, il n'y a pas davantage d'obstacle à l'une ou l'autre action de l'acheteur, à la condition bien évidemment qu'il puisse prouver l'existence d'un défaut constitutif d'une contravention essentielle au contrat; en effet, l'art. 82 al. 1 CV ne saurait s'appliquer si l'acheteur n'a pas reçu les marchandises⁶⁹;
- enfin, si les marchandises sont fortuitement altérées ou perdues après leur tradition à l'acheteur, l'incapacité dans laquelle celui-ci se trouve de restituer les pièces dans l'état dans lequel il les a reçues n'empêche pas la résolution du contrat⁷⁰ ou la livraison de pièces de remplacement, puisque cette incapacité est due au seul cas fortuit et non à un acte ou une omission de l'acheteur. L'art. 82 al. 2 litt. a. CV déploie ici son plein effet⁷¹.

3.38 On observe ainsi qu'en cas de perte ou d'altération fortuite après le moment du transfert des risques d'une marchandise présentant un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle au contrat, les rapports entre les obligations de l'acheteur selon les art. 66 ss CV et ses droits de résoudre le contrat ou de réclamer des marchandises de remplacement sont réglés par les art. 36, 45 ss et 82 CV.

Pour sa part, l'art. 70 CV n'est que le rappel d'une évidence: le transfert des risques et l'inexécution du contrat sont deux notions bien distinctes, et la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise, de même que les art. 67 à 69 CV ne peuvent en aucune manière porter atteinte aux droits dont l'acheteur dispose déjà par ailleurs en raison d'une inexécution du contrat par le vendeur. L'art. 70 CV, qui se contente de confirmer ce principe de base consacré par les art. 36 et 45 CV, paraît donc dépourvu de toute utilité particulière⁷².

⁶⁹ Cf. dans le même sens AUDIT, p. 93 *in fine*.

⁷⁰ A noter que l'acheteur qui a reçu les marchandises et qui entend se prévaloir de leur non-conformité pour résoudre la vente doit agir dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance (ou aurait dû avoir connaissance) de la contravention, à défaut de quoi il est déchu de ce droit (art. 49 al. 2, litt. b, i CV).

⁷¹ Cf. LESER, n. 19 et 20 à l'art. 82 CV; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 125, ch. 224; le même, Einheitliches UN Kaufrecht, p. 79; GEIST, p. 354; SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 2 s. à l'art. 70 CV; HONNOLD, n. 383 à l'art. 70 CV; NICHOLAS, n. 2.5 à l'art. 70 CV. L'art. 82 al. 2 litt. a CV exerce dans cette mesure une fonction analogue à l'art. 207 CO: cf. à ce propos *supra*, ch. 3.7.

⁷² Sur l'absence de portée de l'art. 70 CV, voir Colloque de Lausanne de l'ISDC, intervention NEUMAYER, p. 219, et réponse SEVON, p. 220. Voir également *in* Documents Officiels, p. 88, ch. 1 à l'art. 82, la proposition australienne de supprimer l'art. 82 du projet de Convention (art. 70 CV actuel), au motif qu'il «ne semble rien ajouter aux

2. *Effets d'une résolution du contrat par l'acheteur sur son obligation de payer le prix au titre du transfert des risques*

aa. En général

3.39 Si la marchandise présente des défauts de conformité constitutifs d'une contravention essentielle au contrat dont le vendeur doit répondre selon l'art. 36 al. 1 CV, l'acheteur peut donc résoudre la vente nonobstant la perte ou l'altération fortuites de tout ou partie des marchandises après le moment du transfert des risques. C'est là l'effet des art. 36 al. 1, 49 al. 1 litt. a, 51 al. 2 et 82 al. 1 et 2 CV.

S'il résout la vente, l'acheteur peut s'opposer à toute action en paiement (art. 81 al. 1 CV). S'il a déjà versé le prix en tout ou partie, il peut en outre en réclamer le remboursement (art. 81 al. 2 CV)⁷³.

3.40 Ainsi, à l'image de ce qui a été observé en droit suisse⁷⁴, le vendeur, en dépit de l'altération ou de la perte fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques, perd tout droit au prix convenu et doit reprendre la ou les pièces livrées⁷⁵. Cette solution, qui est la conséquence logique du régime prévu aux art. 81 al. 1 et 2 et 82 al. 2, litt. a CV, représente donc, comme en droit suisse, une importante dérogation aux règles sur le transfert des risques.

droits que l'acheteur aurait s'il n'existait pas». Cf. aussi NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 70 CV, ainsi que ZIEGLER U., p. 90. Voir néanmoins SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 8 à l'art. 70 CV, qui considère que le cas évoqué ici constitue le «Hauptanwendungsfall» de l'art. 70 CV et qui semble ainsi reconnaître à ce dernier une certaine utilité..

⁷³ Cf. ZIEGLER U., pp. 90 s., ainsi que *supra*, ch. 3.8 s. la solution identique du droit suisse.

⁷⁴ Cf. *supra*, ch. 3.9.

⁷⁵ Cf. NICHOLAS, n. 2.3 à l'art. 70 CV; TALLON, n. 2.2 *in fine* à l'art. 82 CV; HAGER, n. 2 *in fine* à l'art. 70 CV; ROTH, p. 302 et les réf. citées; LINDACHER, p. 168 *in fine*; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 125, ch. 224; le même, Einheitliches UN Kaufrecht, p. 79; ZIEGLER U., p. 91; Documents Officiels, p. 432, ch. 63. La question brièvement esquissée ici – le retour au vendeur, par la résolution de la vente, des risques d'une marchandise défectueuse fortuitement altérée ou perdue après le moment du transfert des risques – toute différente (et non abordée ici) des risques consécutifs à une résolution du contrat, voir notamment HEUZÉ, pp. 274-276, ch. 365.

bb. Le cas particulier du cas fortuit frappant une cargaison ou plusieurs pièces différentes, dont certains éléments sont défectueux — droit de résolution partielle

3.41 Lorsque la vente porte sur une cargaison ou un ensemble de pièces, dont seuls certains éléments ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur ne dispose en principe des moyens prévus aux art. 46 à 50 CV que pour la partie non conforme (art. 51 al. 1 CV).

Ainsi, si le défaut de conformité de certaines pièces cause à l'acheteur un préjudice tel qu'il le prive substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre de ces pièces si elles avaient été conformes (art. 25 CV), l'acheteur ne peut résoudre la vente que pour la partie défectueuse (art. 49 al. 1, litt. a CV en rapport avec l'art. 51 al. 1 CV)⁷⁶.

3.42 Il ne pourra résoudre le contrat dans son intégralité qu'à la condition que le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat dans son ensemble⁷⁷. Pour apprécier cela, il faudra donc rechercher de cas en cas, au regard de l'art 25 CV et de la prestation d'ensemble attendue du vendeur, si les défauts de conformité affectant une partie des éléments livrés privent ou non substantiellement l'acheteur de ce qu'il était en droit d'attendre de l'ensemble du contrat⁷⁸.

Si, au vu de ces critères, la résolution de l'ensemble du contrat est justifiée, le vendeur supportera les risques de l'ensemble de l'opération, puisqu'il perdra tout droit au prix convenu et devra reprendre toute la cargaison, c'est-à-dire:

- les pièces défectueuses qui ont en outre été fortuitement altérées;
- les pièces défectueuses épargnées par l'altération fortuite;
- les pièces fortuitement altérées mais non affectées d'un défaut de conformité;
- les pièces en bon état.

⁷⁶ Cf. également HUBER, n. 12 à l'art. 51 CV; HONNOLD, n. 316 à l'art. 51 CV.

⁷⁷ Art. 51 al. 2 CV *in fine*; cf. également HUBER, n. 13 à l'art. 51 CV; HONNOLD, n. 317 à l'art. 51 CV.

⁷⁸ Sur les éléments à prendre en compte dans le cadre de cette appréciation, cf. notamment HUBER, n. 4 et 7 ss à l'art. 51 CV et les réf. citées.

3.43 Ce qui est intéressant ici dans l'optique d'une comparaison avec le Code des obligations⁷⁹, c'est que la Convention de Vienne consacre donc également, sous réserve d'un éventuel accord contraire des parties⁸⁰ ou d'une contravention essentielle au contrat dans son ensemble, le principe d'une résolution partielle du contrat pour le cas où seuls quelques éléments seraient entachés d'un grave défaut de conformité.

3.44 Du point de vue du transfert des risques, cela entraîne des conséquences parfaitement comparables à celles du droit suisse.

En effet, si la cargaison partiellement défectueuse vient à être fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques et que l'acheteur n'est autorisé à refuser que les pièces entachées d'un défaut de conformité, le vendeur devra reprendre (a) les pièces défectueuses qui ont en outre été fortuitement altérées de même que (b) les pièces défectueuses épargnées par l'altération fortuite. Pour ces lots, les risques sont retransférés au vendeur conformément à ce qui a été observé ci-dessus.

En revanche, au titre du transfert des risques, l'acheteur devra payer les marchandises non défectueuses mais fortuitement altérées ou perdues. Il devra en outre le prix des pièces en bon état.

3. *Le cas particulier du remplacement d'une chose de genre défectueuse, malgré sa perte ou sa détérioration fortuite après le moment du transfert des risques*

3.45 Lorsque la vente porte sur une marchandise déterminée par son genre et que celle-ci est affectée d'un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle dont le vendeur doit répondre selon l'art. 36 CV, l'acheteur a également la faculté, aux conditions des art. 46 al. 2 *in fine* et 39 CV, de réclamer la livraison d'une chose de remplacement⁸¹.

⁷⁹ Cf. *supra*, ch. 3.12 ss.

⁸⁰ L'art. 51 al. 1 CV est en effet de droit supplétif, cf. art. 6 CV.

⁸¹ Ce moyen à disposition de l'acheteur n'a de sens et de contenu que lorsque la vente porte sur la livraison de choses déterminées par leur genre et qu'il existe encore des choses du genre convenu non défectueuses; cf. dans le même sens HUBER, n. 20 s. à l'art. 46 CV et les réf. citées. Dans cette mesure, l'art. 46 al. 2 CV fait le pendant de l'art. 206 CO (cf. *supra*, ch. 3.15 ss). Avis apparemment contraire de VON HOFFMANN, *Gewährleistungsansprüche*, p. 295, qui considère que le moyen tiré de l'art. 46 al. 2 CV peut également être exercé en cas de vente d'un corps certain, lorsque celui-ci est défectueux.

Bien que la Convention de Vienne ne le dise pas expressément, cette voie est bien évidemment ouverte à l'acheteur sans qu'il doive payer un supplément de prix pour la nouvelle prestation.

3.46 Comme la résolution du contrat, l'action en livraison de marchandises de remplacement n'est pas empêchée par la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques. En particulier, pour les raisons exposées ci-dessus⁸², l'art. 82 CV n'est pas un obstacle à l'exercice de ce moyen.

Cela étant, lorsque survient un événement fortuit après le moment du transfert des risques, l'action en livraison de marchandises de remplacement n'est pas nécessairement une voie intéressante pour l'acheteur. Il faut distinguer à ce propos selon que la vente a pour objet une ou plusieurs choses de genre.

3.47 Lorsque le contrat a pour objet la fourniture d'une chose de genre isolée, entachée d'un défaut de conformité constituant une contravention essentielle, et que cette chose est altérée ou perdue fortuitement après le moment du transfert des risques, les art. 46 al. 2 et 82 CV permettent à l'acheteur, en raison de cette contravention essentielle du vendeur et malgré l'événement fortuit, de refuser la prestation défectueuse et de réclamer la livraison d'une chose conforme, l'art. 82 al. 2 litt. a CV autorisant l'acheteur à ne rendre le cas échéant que ce qui lui reste de la première pièce.

La réclamation d'une livraison de remplacement a donc, dans ce cas, pour conséquence que c'est le vendeur qui supporte en définitive les risques de l'opération⁸³, puisque malgré la survenance d'un événement fortuit après le moment du transfert des risques, il devra apporter deux fois sa prestation tout en ne recevant qu'une seule fois le prix convenu⁸⁴.

3.48 Les intérêts de l'acheteur s'analysent en des termes différents lorsque la vente porte sur une *cargaison ou sur plusieurs choses de genre*, dont certaines présentaient au moment du transfert des risques des défauts de conformité constitutifs d'une contravention essentielle au contrat dont le vendeur doit répondre.

⁸² Cf. *supra*, ch. 3.36.

⁸³ Cf. ZIEGLER U., p. 91.

⁸⁴ Voir *supra*, ch. 3.19, la solution comparable consacrée en droit suisse. A noter que l'acheteur qui n'a pas encore payé le prix doit en outre être autorisé à le retenir jusqu'à la livraison de la nouvelle chose (cf. art. 58 CV).

Si cette cargaison est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques, l'acheteur peut réclamer et obtenir, aux conditions de l'art. 46 al. 2 CV, le remplacement des pièces entachées de défauts. En revanche, puisque le risque de la prestation du vendeur lui a été transféré, il ne peut exiger le remplacement des pièces non défectueuses touchées par l'événement fortuit, dont il n'obtiendra donc que les restes ou qu'il ne recevra même pas du tout mais dont il devra néanmoins payer le plein prix conformément à l'art. 66 CV. En pareille hypothèse, puisque le défaut affectant une partie des marchandises est une contravention essentielle au contrat, l'acheteur aura donc généralement avantage, si cette voie lui est ouverte, à résoudre le contrat⁸⁵.

3.49 Quant au transfert des risques de la livraison de remplacement, il suit en bonne logique les règles applicables à la première livraison. Cette solution de principe rejoint donc celle du droit suisse⁸⁶.

Il n'y a toutefois pas dans la Convention de Vienne de règle comparable à l'art. 103 CO, rendant le vendeur en demeure responsable de tout cas fortuit. En sorte que l'acheteur doit payer le prix, conformément à l'art. 66 CV, de toute marchandise de remplacement fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques, et cela même si elle a été livrée⁸⁷ en retard par rapport aux échéances contractuelles initiales.

Cela étant, selon une réflexion comparable à celle faite ci-dessus en droit suisse⁸⁸, on peut se demander si l'acheteur, auquel le prix de la marchandise de remplacement fortuitement perdue ou détériorée est demandé au titre du transfert des risques, ne devrait pas être autorisé à s'opposer à la réclamation du vendeur en invoquant les règles de la bonne foi⁸⁹. En effet, le vendeur qui réclame à son acheteur, conformément à l'art. 66 CV, le paiement du prix de la marchandise de remplacement fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques, paraît agir contrairement aux règles de la bonne foi lorsqu'il est établi que la première livraison n'aurait pas été entachée de défauts — avec pour conséquence qu'elle n'aurait pas été refusée et que l'acheteur n'aurait donc pas eu à supporter les risques de la perte fortuite de la seconde — si le vendeur avait fait preuve, lors de la prépa-

⁸⁵ Cf. également NICHOLAS, n. 2.3 *in fine* à l'art. 70 CV; HONNOLD, n. 382 à l'art. 70 CV. Voir en outre *supra*, ch. 3.21, la solution comparable du Code des obligations.

⁸⁶ Cf. *supra*, ch. 3.20.

⁸⁷ Cf. art. 31 CV.

⁸⁸ Cf. *supra*, ch. 3.20 *in fine*.

⁸⁹ Applicables en tant que principe général dont la Convention de Vienne s'inspire (art. 7 al. 2 CV); cf. également HERBER, n. 37 s. à l'art. 7 CV.

ration, de l'individualisation ou de l'expédition de cette première prestation, de toute l'attention que l'acheteur eût été en droit d'attendre de lui. Devrait toutefois être réservée la possibilité pour le vendeur de prouver que, même sans aucune contravention de sa part, sa prestation aurait été fortuitement altérée ou perdue (*casus mixtus*)⁹⁰.

4. *Perte ou détérioration fortuite d'un aliud après le moment du transfert des risques*

aa. Généralités et rappels

3.50 Dans une vente impliquant transport des marchandises et portant, par exemple, sur un lot de voitures neuves avec conduite à droite, le vendeur individualise et remet au transporteur pour transmission à l'acquéreur des voitures neuves avec conduite à gauche. Après la délivrance au transporteur, qui est par hypothèse dans ce cas le moment du transfert des risques selon l'art. 67 al. 1 CV, la cargaison est fortuitement détruite ou altérée.

En fournissant des voitures avec conduite à gauche au lieu de voitures avec conduite à droite, le vendeur a livré des choses d'un genre différent de celui que les parties avaient défini dans leur contrat; la marchandise livrée est donc un *aliud*.

3.51 Ainsi qu'on l'a vu, selon le Code des obligations, la livraison d'un *aliud* n'équivaut pas à la livraison d'une marchandise défectueuse (*pejus*): une voiture avec conduite à gauche est une *chose d'un autre genre* qu'une voiture avec conduite à droite; elle n'est pas en revanche une voiture avec conduite à droite défectueuse. Partant, la livraison d'un *aliud* n'est pas soumise aux règles sur la garantie du vendeur mais aux normes générales en matière d'exécution d'un contrat. Enfin, l'individualisation d'un *aliud* constitue une inexécution du contrat au sens large qui ne peut en aucun cas opérer un transfert des risques à l'acheteur.

Pour sa part, la Convention de Vienne n'opère pas la distinction que fait le droit suisse entre livraison d'un *aliud* et livraison d'un *pejus*, c'est-à-dire d'une chose défectueuse *stricto sensu*; ainsi qu'on l'a vu, les deux cas sont en effet sanctionnés par les art. 36 al. 1 et 45 CV ss.

Dès lors, si la fourniture d'un *aliud* peut être qualifiée de contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV, ce qui devrait presque toujours

⁹⁰ Voir chez NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 70 CV, un résultat analogue fondé, non sur les règles de la bonne foi, mais sur une application par analogie de l'art. 66 CV *in fine*.

être le cas⁹¹, l'acheteur aura à sa disposition tous les moyens énumérés aux art. 45 CV ss, en particulier le droit de résoudre le contrat selon l'art. 49 al. 1 litt. a CV et celui de réclamer la livraison de marchandises de remplacement selon l'art. 46 al. 2 CV⁹². A noter que les règles générales du Code des obligations en matière d'inexécution des obligations confèrent à l'acheteur en cas de livraison d'un *aliud* des moyens comparables à ceux prévus par la Convention de Vienne: droit de résolution selon l'art. 107 al. 2, 3e voie CO, augmenté le cas échéant de dommages-intérêts⁹³, ou action en exécution basée sur les art. 1 al. 1, 19 al. 1, 102 ss, 107 al. 2, 1ère voie et 184 al. 1 CO, augmentée le cas échéant également d'une action en dommages-intérêts⁹⁴. Seuls diffèrent les dommages-intérêts en cas de résolution du contrat, pour lesquels la Convention de Vienne admet que l'acheteur puisse demander la réparation de l'intérêt positif, ce qui est contraire à la solution qui doit être retenue en droit suisse⁹⁵.

En revanche, si la livraison d'un *aliud* ne pouvait être qualifiée de contravention essentielle au contrat, l'acheteur n'aurait guère que l'action en réduction du prix (art. 50 CV), complétée le cas échéant par des dommages intérêts.

⁹¹ Cf. dans le même sens SCHLECHTRIEM, n. 21 à l'art. 25 CV. Avis partiellement divergent chez HUBER (1ère éd. du Commentaire von CAEMMERER/SCHLECHTRIEM), n. 66 à l'art. 46 CV: «Falschlieferung kann nicht ipso facto als wesentliche Vertragsverletzung eingestuft werden»; son opinion paraît toutefois déjà plus nuancée dans la 2e édition du même Commentaire, n. 39 à l'art. 46 CV.

⁹² Les autres droits à disposition de l'acheteur en cas de contravention essentielle (action minutoire ou en réparation) ne présentent pratiquement aucun intérêt lors de la livraison d'un *aliud*: en particulier l'action en réparation sera le plus souvent exclue (art. 46 al. 3 1ère phrase *in fine* CV) dans la mesure où il est manifestement irréaliste de vouloir «réparer» la marchandise du mauvais genre pour en faire une chose conforme au genre convenu.

⁹³ Négatifs, selon l'art. 109 al. 2 CO, c.-à-d. le «dommage résultant de la caducité du contrat».

⁹⁴ Positifs, selon les art. 97 al. 1/103 al. 1/107 al. 2 1ère voie *in fine* CO.

⁹⁵ Cf. art. 74 CV, 1ère phrase et STOLL, n. 23 s. à l'art. 74 CV. Pour le droit suisse, voir la lettre de l'art. 109 al. 2 CO ainsi que SCHÖNLE, SJ 1977, pp. 482 ss et les réf. citées, et STANISLAS, pp. 140 ss, 147 *in fine*. Avis contraire chez YUNG, Note sur la résolution de la vente, *in* Études et articles, p. 325, qui est d'avis que, malgré la lettre de l'art. 109 al. 2 CO, le créancier qui résout le contrat peut réclamer, comme en droit français, une indemnité pour inexécution.

bb. L'individualisation d'un *aliud* n'est pas un obstacle au transfert des risques

3.52 Contrairement à ce qui a été observé en droit suisse, l'individualisation et la livraison d'un *aliud* ne sont pas un obstacle au transfert des risques selon la Convention de Vienne.

Cela tient au fait que les art. 35, 36 et 45 ss CV, ainsi qu'on l'a déjà souligné, soumettent au même régime juridique la livraison d'un *pejus* et celle d'un *aliud*.

Or, l'individualisation d'un *pejus* n'est pas un obstacle au transfert des risques à l'acheteur, ce que rappellent du reste clairement les art. 36 al. 1, 66 et 70 CV⁹⁶. Il n'est donc logiquement pas concevable de traiter différemment l'individualisation d'un *aliud*. L'avis contraire de ENDERLEIN, KASKOW et STROHBACH⁹⁷ ne manque pas de surprendre, dans la mesure où ces auteurs considèrent par ailleurs, en accord avec la doctrine majoritaire, (a) que la livraison d'un *aliud* est soumise au même régime juridique que la fourniture d'un *pejus*⁹⁸ et (b) que la livraison d'un *pejus* n'est pas un obstacle au transfert des risques⁹⁹. ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH semblent considérer que les règles sur le transfert des risques contiennent implicitement une obligation d'offrir à l'acheteur une marchandise conforme au contrat. On observera à ce propos que les exemples d'identification donnés à l'art. 67 al. 2 *in fine* CV laissent bien entendre que ce qui est déterminant aux fins du transfert des risques, c'est avant tout qu'une marchandise destinée à l'exécution d'un certain contrat puisse être distinguée des autres pièces restant dans le stock du vendeur ou destinées à d'autres contrats. A la lumière de cette liste (non exhaustive) de moyens d'identification — apposition d'un signe distinctif, établissement de documents de transport, avis à l'acheteur etc. —, on comprend que l'impératif de distinction semble donc prévaloir sur celui de conformité des marchandises, qui n'est pas la préoccupation principale dans ce contexte¹⁰⁰.

⁹⁶ Cf. dans le même sens HONNOLD, n. 383 à l'art. 70 CV, p. 481 *in fine*, ad exemple 70D.

⁹⁷ ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.2 à l'art. 69 CV.

⁹⁸ ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5 à l'art. 35 CV.

⁹⁹ ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1 à l'art. 70 CV.

¹⁰⁰ Cf. dans le même sens HAGER, n. 5a à l'art. 67 CV et n. 8 à l'art. 69 CV, qui rappelle que les termes «conformément au contrat» (art. 67 al. 1, 1ère phrase *in fine* CV) ne visent que l'autorisation contractuelle de remettre la marchandise à un transporteur et non l'obligation de livrer des pièces «conformes au contrat». Voir également Documents Officiels, p. 227 s. La traduction allemande de la Convention parle de «Zuordnung», soulignant par là que l'individualisation porte avant tout sur l'attribution d'une marchandise à un certain contrat, sans égard particulier à sa conformité.

3.53 Convient-il néanmoins de faire une exception à ce principe dans le cas d'un *aliud* grossier, soit lorsque les marchandises individualisées sont des «biens complètement différents de ceux convenus»¹⁰¹? Le contrat porte par exemple sur des tracteurs, mais ce sont des tondeuses à gazon qui sont finalement individualisées et remises au transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur. Ces deux étapes (individualisation et remise au transporteur) peuvent-elles faire passer à l'acheteur, conformément aux art. 66 et 67 CV, les risques d'une marchandise qu'il n'a jamais commandée?

Certains auteurs le contestent¹⁰², mais leur avis ne peut être suivi.

Il a été démontré plus haut que ni l'interprétation – littérale, systématique et historique – de la Convention de Vienne, ni l'impératif d'uniformité exprimé à l'art. 7 al. 1 CV n'autorisaient l'introduction de la notion d'*aliud* grossier. Un *aliud*, grossier ou non, doit être en tous points traité comme un *pejus* et, d'une manière générale, comme n'importe quelle exécution incorrecte. La Convention de Vienne, contrairement au Code des obligations et à d'autres systèmes juridiques européens, ne distingue en effet pas les différentes sortes d'exécution imparfaite et les soumet toutes au même régime, à savoir celui des art. 45 ss CV.

Or, si rien, dans les règles que la Convention de Vienne consacre à la contravention au contrat par le vendeur, n'autorise l'introduction d'une notion d'*aliud* grossier, il est clairement inconcevable que cette notion, qui est une pure question de contravention au contrat, puisse être développée et se voir reconnaître un régime juridique propre dans le cadre de la réglementation du transfert des risques. La lettre et la systématique des art. 35, 36 et 45 ss CV, de même que la cohérence d'ensemble entre les normes sur l'inexécution et celles sur le transfert des risques imposent donc de retenir que l'individualisation d'un *aliud*, même grossièrement différent de ce qui a été convenu, complétée le cas échéant par d'autres mesures imposées par les art. 67 ou 69 CV, peut faire passer les risques à l'acheteur.

Cette approche – très dogmatique, il est vrai – ne place nullement l'acheteur dans une situation précaire. Car si l'*aliud* qui lui est livré diverge grossièrement de ce qui a été convenu – c'est le cas, ci-dessus, des tondeuses livrées en lieu et place des tracteurs –, le vendeur aura commis une contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV, donnant à l'acheteur le droit de résoudre la vente selon l'art. 49 al. 1, litt. a CV. Droit que l'acheteur

¹⁰¹ Cf. NEUMAYER/MING, n. 7 à l'art. 66 CV.

¹⁰² Cf. NEUMAYER/MING, même réf.; DESRAINS, p. 132, ch. 6. Voir aussi l'avis surprenant (déjà cité) d'ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.2 à l'art. 69 CV, qui refusent apparemment tout transfert des risques en cas d'individualisation d'un *aliud*, quelle que soit l'importance de la divergence entre le genre convenu et le genre livré.

peut exercer malgré une éventuelle perte ou détérioration fortuite de l'*aliud* après le moment du transfert des risques¹⁰³.

3.54 A noter enfin que, selon certains auteurs¹⁰⁴, la livraison d'un *aliud* grossier serait un obstacle au transfert des risques dans un contrat faisant référence à un INCOTERM: «dans le cas de la livraison par le vendeur d'une marchandise non conforme, le risque passe néanmoins à la charge de l'acheteur, à moins que la marchandise ne puisse absolument pas être considérée comme étant l'objet du contrat»¹⁰⁵.

Cette approche et, plus précisément, la distinction qu'elle fait entre marchandise non conforme et *aliud* grossier paraissent contestables, dans la mesure où les INCOTERMS ne traitent pas de questions touchant à la conformité des marchandises livrées. S'ils rappellent très brièvement que le vendeur doit «fournir la marchandise (...) conformément au contrat de vente»¹⁰⁶, les INCOTERMS ne règlent en revanche pas les effets juridiques d'une éventuelle non-conformité de la marchandise ou de la livraison d'un *aliud*, qui demeurent exclusivement régis par le droit applicable au contrat.

Ainsi, si une vente soumise au Code suisse des obligations est conclue *FOB lieu convenu*, les risques de la marchandise passeront à l'acheteur lorsqu'elle franchira le bastingage du navire au port convenu. C'est l'effet de l'INCOTERM *FOB*. Cela étant, si la marchandise individualisée et chargée à bord du navire est un *aliud* – peu importe en définitive qu'il soit grossier ou non –, le transfert des risques n'aura pas lieu, malgré l'INCOTERM *FOB* et le franchissement du bastingage par la marchandise. C'est là l'effet du droit suisse, selon lequel l'individualisation de tout *aliud* est un obstacle au transfert des risques, quelle que soit l'importance de la divergence entre le genre convenu et le genre livré. Le même cas soumis à la Convention de Vienne conduirait au résultat opposé: l'individualisation d'un *aliud*, même grossier, n'étant pas un empêchement au transfert des risques dans la Convention de Vienne, il n'y aurait aucun obstacle à ce que les risques passent à l'acheteur

¹⁰³ Il est vrai, cela étant, que l'acheteur qui se laisse déchoir (cf. art. 49 al. 2, litt. b CV) des droits (résolution du contrat, action en livraison de marchandises de remplacement) qui sont à sa disposition en raison de la grave divergence de genre, peut se voir contraint de payer le plein prix convenu pour une marchandise fortuitement perdue ou altérée et, de surcroît, totalement différente de ce qu'il avait commandé.

¹⁰⁴ Cf. notamment EISEMANN, p. 32, ch. 19; DESRAINS, p. 132, ch. 6 *in fine*; XUEREFF, p. 136.

¹⁰⁵ XUEREFF, même réf.

¹⁰⁶ Cf. clause A1 de chaque terme et le commentaire y relatif: «ce texte ne sert qu'à rappeler la principale obligation du vendeur selon le contrat de vente».

au moment prévu par le contrat, en l'espèce au moment prévu par l'INCOTERM FOB.

cc. Conséquences d'une perte ou d'une détérioration fortuite d'un *aliud* après le moment du transfert des risques

3.55 Si un *aliud* est fortuitement altéré ou perdu après le moment du transfert des risques et que la divergence de genre est constitutive d'une contravention essentielle au contrat, les possibilités données à l'acheteur de réclamer la livraison d'une marchandise de remplacement ou de résoudre le contrat sont intégralement préservées, en sorte que l'avarie ou la perte fortuite de l'*aliud* intervient le cas échéant aux risques du vendeur.

En fonction du droit exercé par l'acheteur, le vendeur est en effet tenu, soit de reprendre la chose ou ce qu'il en reste sans pouvoir en exiger ou en conserver le prix¹⁰⁷, soit de la reprendre et d'en livrer une autre, conforme au genre convenu, sans pouvoir davantage réclamer le prix de la pièce reprise.

Si la divergence de genre entre l'*aliud* livré et l'objet défini dans le contrat de vente ne constitue pas une contravention essentielle au contrat, l'acheteur ne dispose que d'une action en réduction de prix (art. 50 CV) augmentée d'éventuels dommages-intérêts (art. 74 ss CV). Il n'a donc pas les moyens de refuser l'*aliud*, que ce soit par la résolution du contrat ou l'action en livraison de marchandises de remplacement, ce qui peut être désavantageux si l'*aliud* a été fortuitement perdu ou altéré après le moment du transfert des risques; l'acheteur reste en effet tenu en pareille hypothèse d'accepter l'*aliud*, le cas échéant détérioré, voire détruit, et d'en payer le prix (art. 66 CV), éventuellement réduit pour tenir compte de la divergence originelle de genre.

c. Les autres moyens à disposition de l'acheteur en cas de contravention essentielle ou non essentielle – leur sort et leur exercice en cas de perte ou de détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques

3.56 Outre les moyens qui viennent d'être évoqués, l'acheteur dispose en cas de contravention essentielle des mêmes droits qu'en cas de contravention non-essentielle.

¹⁰⁷ Art. 49 al. 1, litt. a et 81 CV.

Ainsi, à la condition de ne pas être déchu de ces moyens (art. 39 CV et 46 al. 3 CV *in fine*), il peut demander une réduction du prix conformément à l'art. 50 CV ou exiger du vendeur la réparation des défauts aux conditions de l'art. 46 al. 3 CV, en lui impartissant le cas échéant un délai supplémentaire de durée raisonnable (art. 47 al. 1 CV).

En outre, quel que soit le moyen qu'il fasse valoir à l'encontre du vendeur, l'acheteur peut toujours réclamer des dommages-intérêts (art. 45 al. 1 litt. b et 74 ss CV).

3.57 Contrairement à la résolution du contrat ou la réclamation de marchandises de remplacement, l'exercice des actions en réduction du prix, en réparation de la chose et en dommages-intérêts n'est pas soumis aux exigences de l'art. 82 CV¹⁰⁸; ces moyens ne sauraient donc être affectés par une éventuelle perte ou altération fortuite de la chose après le moment du transfert des risques¹⁰⁹.

1. *L'action en réparation*

3.58 Si la chose vendue est entachée d'un défaut de conformité – constitutif ou non une contravention essentielle au contrat – dont le vendeur est responsable selon l'art. 36 CV, une détérioration¹¹⁰ fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques ne prive donc pas l'acheteur de la faculté d'agir en réparation¹¹¹.

En principe, le vendeur est alors tenu de faire la réparation, nonobstant l'événement fortuit. A ce titre, il ne doit bien évidemment réparer que les défauts de conformité dont il est garant selon l'art. 36 CV. En revanche, l'acheteur ne peut demander la réparation des défauts résultant de l'événement fortuit survenu après le moment du transfert des risques, puisqu'à compter de ce moment il supporte le risque de la prestation du vendeur, c'est-à-dire le risque de ne rien recevoir ou de ne recevoir qu'une prestation réduite ou altérée sans pouvoir agir en exécution, en garantie ou en dommages-intérêts.

¹⁰⁸ Cf. HAGER, n. 5a à l'art. 70 CV ainsi que HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 70 CV.

¹⁰⁹ Cf. dans le même sens NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 70 CV; ROTH, p. 302; NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 70 CV; HEUZÉ, p. 287, ch. 379 *in fine*; HAGER, n. 5a à l'art. 70 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 70 CV (qui paraissent néanmoins soutenir le contraire, n. 2 à l'art. 70 CV). Voir *supra*, ch. 3.6 ss, la solution comparable du droit suisse.

¹¹⁰ Il est inutile d'évoquer ici la perte fortuite: dans ce cas, en effet, l'action en réparation n'a à l'évidence plus de sens.

¹¹¹ Cf. *supra*, ch. 3.57 et les réf. citées, en particulier NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 70 CV.

Le vendeur peut toutefois refuser de procéder à la réparation si elle est devenue techniquement impossible¹¹² ou si elle se révèle «déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances»¹¹³. Tel peut notamment être le cas si l'altération fortuite de la marchandise a rendu la réparation des seuls défauts de conformité particulièrement difficile d'un point de vue technique, ou encore onéreuse à l'excès.

3.59 Si la réparation réclamée par l'acheteur n'apparaît pas déraisonnable au vu des circonstances, le contrat est donc maintenu et l'acheteur reste tenu de payer le plein prix de la marchandise, malgré l'altération fortuite de cette dernière après le moment du transfert des risques. C'est là l'effet conjoint des art. 46 al. 3 et 66 CV.

3.60 Quid si, pendant la réparation, la marchandise est à nouveau fortuitement détériorée, voire cette fois-ci totalement détruite? On peut reprendre ici un exemple donné par NEUMAYER/MING: le vendeur procède à la réparation dans les locaux de l'acheteur. Pendant cette phase, la marchandise périt dans un incendie dont aucune des parties ne doit répondre¹¹⁴.

Même si, objectivement, cette atteinte est fortuite, elle survient dans le cadre d'une réparation de la marchandise rendue nécessaire ensuite d'une contravention du vendeur au contrat. La problématique est donc comparable à celle évoquée ci-dessus à propos de l'action de l'acheteur en livraison de marchandises de remplacement, et la solution doit dès lors être semblable. Les règles de la bonne foi – selon NEUMAYER/MING, l'art. 66 CV *in fine* par analogie¹¹⁵ – doivent permettre à l'acheteur de s'opposer à une réclamation du vendeur en paiement du prix fondée sur l'art. 66 CV. Cela revient à dire que, pendant tout le temps de la réparation – qui doit inclure l'expédition dans les deux sens pour le cas où la réparation doit être faite ailleurs que chez l'acheteur –, les risques d'une perte ou d'une détérioration fortuites de la marchandise sont à nouveau à la charge du vendeur¹¹⁶, à moins que celui-ci

¹¹² Cf. à ce propos HUBER, n. 58 à l'art. 46 CV.

¹¹³ Art. 46 al. 3 CV, 1^{ère} phrase *in fine*. A propos de cette formule et de la pesée d'intérêts qu'elle implique, voir notamment HUBER, n. 58 à l'art. 46 CV et les réf. citées, ainsi que WILL, n. 2.2.2.2 à l'art. 46 CV.

¹¹⁴ Cf. NEUMAYER/MING, n. 3 *in fine* à l'art. 70 CV.

¹¹⁵ Cf. NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 70 CV.

¹¹⁶ Cf. dans le même sens HAGER, n. 7 à l'art. 70 CV et les réf. citées.

ne puisse prouver que l'événement fortuit aurait de toute façon touché la chose vendue, même si le contrat avait été d'emblée correctement exécuté¹¹⁷.

3.61 Lorsqu'une marchandise est entachée d'un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle au contrat, on peut douter que l'action en réparation soit intéressante pour l'acheteur s'il dispose par ailleurs de moyens meilleurs, telles la résolution du contrat ou l'action en livraison de marchandises de remplacement.

En cas de contravention essentielle au contrat, la question d'une éventuelle action en réparation ne se posera donc vraisemblablement que dans les cas où l'acheteur aura été privé¹¹⁸ de ses droits de résoudre le contrat et de réclamer la délivrance de marchandises de remplacement.

2. *L'action en réduction de prix*

3.62 Lorsque les marchandises sont affectées d'un défaut de conformité — peu importe qu'il constitue ou non une contravention essentielle au contrat —, l'acheteur peut également réclamer, aux conditions des art. 39 et 50 CV, une réduction du prix convenu.

3.63 A l'instar des actions en réparation ou en livraison de marchandises de remplacement, ce moyen à disposition de l'acheteur n'est pas affecté par la survenance d'un événement fortuit touchant la marchandise défectueuse après le moment du transfert des risques.

Il va de soi que l'acheteur ne peut agir en réduction de prix qu'en raison du défaut de conformité dont la marchandise était affectée au moment du transfert des risques et dont le vendeur doit répondre (art. 36 al. 1 CV). En revanche, puisque le risque de la prestation du vendeur lui a été transféré, l'acheteur ne peut réclamer aucune indemnité pour l'éventuelle moins-value

¹¹⁷ Cf. également NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 70 CV. A noter que la solution serait identique en droit suisse, dans le cas d'un contrat prévoyant, en plus ou à la place des actions édiliciennes du CO, un droit de l'acheteur à la réparation de la chose. Voir à ce propos les solutions exposées supra, ch. 3.20 en rapport avec l'action de l'acheteur en livraison de marchandises de remplacement, solutions qui doivent valoir *mutatis mutandis* en cas de réparation.

¹¹⁸ Cf. art. 49 al. 2 ou 82 al. 1 CV. A noter que si l'acheteur est déchu de son droit de réclamer la livraison de marchandises de remplacement en raison d'une inobservation des art. 39 et 46 al. 2 *in fine* CV, ladite déchéance s'étendra également à son action en réparation (cf. art. 39 et 46 al. 3 *in fine* CV).

que subit la marchandise du fait de l'événement fortuit survenu après le moment du transfert des risques¹¹⁹.

Ainsi, si la vente porte sur une pièce isolée, l'acheteur ne devra qu'un prix réduit. Puisqu'il a le fardeau des risques selon l'art. 66 CV, il devra ce prix réduit malgré la perte ou l'altération fortuite de la marchandise. Si la vente porte sur une cargaison ou un ensemble de pièces, l'acheteur ne devra un prix réduit que pour les pièces qui étaient entachées d'un défaut de conformité au moment du transfert des risques. Il devra en revanche le plein prix de toutes les autres pièces, qu'elles aient ou non été touchées par l'événement fortuit; si elles l'ont été, cette obligation de l'acheteur se fondera sur les art. 53 et 66 CV; si elles ont été épargnées par l'événement fortuit, il en devra le prix convenu en exécution de la vente (art. 53 ss CV).

3.64 Si le défaut de conformité dont la ou les marchandises sont affectées constitue une contravention essentielle au contrat, l'acheteur qui dispose d'autres moyens – résolution du contrat, voire remplacement des pièces défectueuses – n'aura en principe aucun intérêt particulier à agir en réduction de prix lorsque la livraison défectueuse a subi une avarie fortuite survenant à ses risques.

Tout comme celle en réparation, l'action en réduction de prix ne sera donc logiquement intentée, en cas de contravention essentielle, que si l'acheteur est déchu des autres moyens à sa disposition.

3. *L'action en dommages-intérêts*

3.65 Si les défauts de conformité de la marchandise – peu importe en définitive qu'ils soient ou non constitutifs d'une contravention essentielle au contrat – donnent à l'acheteur le droit de réclamer des dommages-intérêts (art. 36, 45 al. 1 litt b et 74 ss CV), ce moyen de l'acheteur n'est pas affecté par une éventuelle perte ou détérioration fortuite de la chose après le moment du transfert des risques.

3.66 L'acquéreur ne peut réclamer que la réparation du préjudice qu'il subit du fait de la livraison de marchandises présentant un ou des défauts de conformité dont le vendeur doit répondre selon l'art. 36 al. 1 CV. Selon une réflexion identique à celle faite ci-dessus à propos des actions de l'acheteur en

¹¹⁹ Cf. aussi HAGER, n. 5a à l'art. 70 CV, ainsi que *supra*, ch. 3.10, la solution comparable du droit suisse.

réparation, en réduction de prix ou en livraison de marchandises de remplacement, une indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* dus à un événement fortuit postérieur au moment du transfert des risques ne peut donc être demandée par l'acheteur¹²⁰, puisqu'il supporte à compter de ce moment le risque de la prestation du vendeur, c'est-à-dire le risque de ne rien recevoir ou de ne recevoir qu'une prestation réduite ou altérée sans pouvoir agir en garantie, en exécution ou en dommages-intérêts.

¹²⁰ Cf. dans le même sens HERBER/CZERWENKA, n. 3 *in fine* à l'art. 70 CV; NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 70 CV; HAGER, n. 5a à l'art. 70 CV; HONNOLD, n. 382 à l'art. 70 CV; ROTH, p. 302.

Chapitre 2

Le sort des éventuels droits des parties lorsqu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques se greffe sur une demeure du vendeur

3.67 L'analyse des rapports entre la demeure du vendeur et le transfert des risques comporte deux volets, au moins.

Il y a tout d'abord l'effet qu'un retard du vendeur dans l'exécution de tout ou partie de ses obligations peut avoir sur le moment du transfert des risques. Ainsi qu'on a pu l'observer, un tel retard reporte en principe ce moment, jusqu'à ce que le vendeur ait apporté, au lieu d'exécution convenu, la dernière des prestations qu'il doit aux termes du contrat ou de la loi. Plus exactement:

- lorsque la vente porte sur des *choses de genre*, une demeure du vendeur reporte, tant selon le Code des obligations que selon la Convention de Vienne, le moment auquel les *risques de la prestation et du prix* sont transférés à l'acheteur¹;
- dans une vente de *corps certains* soumise à la *Convention de Vienne*, une demeure du vendeur retardera également le moment du transfert à l'acheteur des *risques de la prestation et du prix*²;
- enfin, dans une vente de *corps certains* soumise au *Code des obligations*, un retard du vendeur ne reportera que le moment du transfert du *risque du prix*, le risque de la prestation du vendeur étant transféré dès la conclusion du contrat³.

Se pose ensuite la question du sort des éventuels droits des deux parties — droit du vendeur au paiement du prix, droits de l'acheteur en raison de la demeure — lorsque la marchandise vendue est fortuitement perdue ou détériorée après une demeure du vendeur et le moment (retardé en conséquence) du transfert des risques. C'est ce second aspect qui fera l'objet du présent chapitre.

¹ Cf. *supra*, ch. 2.138c pour le Code des obligations et 2.235 ss, 2.240 pour la Convention de Vienne.

² Cf. *supra*, ch. 2.235 ss, 2.240.

³ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss et 2.138d.

Section A

Dans le Code des obligations

a. Rapports entre demeure du vendeur et événement fortuit

3.68 Lorsque le vendeur en retard dans l'exécution de l'une des obligations mises à sa charge ne peut apporter la preuve (a) qu'il s'est trouvé en demeure sans sa faute ou (b) que le cas fortuit aurait atteint la marchandise due même si l'exécution avait eu lieu à temps, il répond du cas fortuit (art. 103 al. 1 et 2 CO)⁴.

En d'autres termes, si le vendeur en retard ne peut apporter la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 CO, sa demeure est un obstacle au transfert des risques à l'acheteur⁵. En effet, la responsabilité qu'il encourt dans cette hypothèse pour tout empêchement fortuit d'exécution, même postérieur au moment du transfert du risque de sa prestation, exclut l'application de l'art. 119 al. 1 CO. De sorte que les art. 119 al. 3 et 185 CO ne s'appliquent pas davantage⁶.

3.69 En revanche, si le vendeur parvient à apporter la preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 CO, il ne répond alors plus du cas fortuit.

En pareil cas, si un événement fortuit survient après le moment – le cas échéant retardé, s'il s'agit d'une vente de choses de genre – du transfert du risque de la prestation et empêche en tout ou partie l'exécution de son obligation par vendeur, ce dernier est intégralement libéré (art. 119 al. 1 CO): une action contre le vendeur en raison de sa demeure est donc désormais exclue. En outre, si l'événement survient après le moment du transfert du risque du prix, l'acheteur reste pour sa part tenu de payer le prix (art. 119 al. 3 et 185 CO).

⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 2998, et WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 10 à l'art. 103 CO.

⁵ Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.138a.

⁶ Pour sa part, l'acheteur conserve tous les droits que lui confèrent les règles sur la demeure: selon la nature de la dette du vendeur – livraison d'une chose de genre ou d'un corps certain –, l'acheteur pourra ou non persister à réclamer l'exécution spécifique et, en tout état, agir en dommages-intérêts (art. 102 al. 1, 103 al. 1 CO). Il pourra également procéder selon les art. 107 al. 2 ou 190 CO, si le vendeur se trouve en demeure qualifiée de débiteur. Dans tous ces cas, il peut retenir le paiement du prix, conformément à l'art. 82 CO s'il opte pour le maintien du contrat, ou selon l'art. 109 al. 1 CO s'il choisit de s'en départir.

- b. Aperçu du régime juridique de la demeure qualifiée et non fautive du vendeur – les moyens à disposition de l’acheteur – leur sort et leurs effets en cas d’événement fortuit survenant après l’exécution tardive de la prestation

3.70 Si la vente porte sur une *chose de genre*, les risques de la prestation et du prix sont transférés à l’acheteur dès que le vendeur a accompli au lieu d’exécution convenu le dernier des actes que l’acheteur est en droit d’attendre de lui, eu égard à la nature – portable, quérable ou sujette à expédition – de sa dette. S’il s’agit d’une vente de *corps certain*, le risque de la prestation est transféré lors de la conclusion du contrat; le risque du prix, pour sa part, passe à l’acquéreur lorsque le vendeur a offert au lieu d’exécution convenu le résultat de toutes les obligations mises à sa charge.

Que la vente porte sur une chose de genre ou un corps certain, la demeure qualifiée⁷ et non fautive du vendeur d’exécuter l’une des obligations principales⁸ qui lui incombent – par exemple l’individualisation de la chose de genre, ou la remise de la marchandise (corps certain ou chose de genre) au transporteur indépendant – a donc une double conséquence: d’une part, le *transfert du risque du prix* n’intervient pas tant que l’acte manquant n’est pas accompli; d’autre part, l’acheteur a le *choix des moyens* mis à sa disposition par l’art. 107 al. 2 CO s’il s’agit d’une vente civile, ou par l’art. 190 CO s’il s’agit d’une vente commerciale à terme strict.

1. Régime juridique de la demeure qualifiée du vendeur dans une vente civile

3.71 S’il s’agit d’une vente civile, l’art. 107 al. 2 CO *in initio* fonde la présomption que l’acheteur persiste à réclamer l’exécution spécifique du contrat.

S’il entend renoncer à cette exécution, l’acheteur doit en avertir immédiatement le vendeur (art. 107 al. 2 CO, 2e phrase *in initio*)⁹. Si l’acquéreur

⁷ Au sens des art. 107 al. 2 *in initio* ou 190 CO.

⁸ Pour que l’acheteur puisse exercer son droit d’option selon les art. 107 ou 190 CO, la demeure du vendeur doit en effet porter sur une obligation principale; cf. STANISLAS, p. 69 *in initio* et les réf. citées n. 4 en bas de page.

⁹ Il n’est en revanche pas nécessaire que l’acheteur déclare immédiatement s’il entend résoudre le contrat. Cf. STANISLAS, p. 79 et les réf. citées ad n. 69 et 70 en bas de page; BECKER, n. 36 à l’art. 107 CO; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 236. Le but de l’avis immédiat

ne dit rien, ou ne se détermine pas immédiatement, le vendeur est fondé à comprendre qu'il veut s'en tenir à l'action en exécution¹⁰.

Dans tous les cas, ce que l'acheteur manifeste, que ce soit expressément ou par son silence, est irrévocable¹¹.

3.72 L'acheteur qui ne se détermine pas (ou qui ne le fait pas immédiatement) ou qui choisit expressément l'action en exécution, ne peut donc plus revenir sur la déclaration de maintien de l'action en exécution qu'il a faite ou qu'il est présumé avoir faite, ni exercer de droit incompatible avec cette déclaration. En particulier, il ne peut plus résoudre la vente; il ne le pourrait qu'après avoir à nouveau mis le vendeur en demeure qualifiée¹².

Ainsi, tant que l'acheteur ne dispose pas d'un nouveau droit d'option selon l'art. 107 al. 2 CO, le vendeur peut exécuter l'acte manquant, et l'acheteur est tenu d'accepter cette exécution puisqu'il l'a expressément ou implicitement voulue.

Dès que le vendeur aura fourni au lieu d'exécution convenu la (dernière) prestation manquante, les droits de l'acheteur à l'exécution s'éteindront, et les risques lui seront transférés: risques de la prestation et du prix si la vente porte sur des choses de genre, risque du prix si elle porte sur un corps certain. Si la marchandise est alors fortuitement perdue ou altérée après ce moment, l'acheteur devra donc en payer le plein prix¹³ sans pouvoir agir en exécution, en garantie ou en dommages-intérêts¹⁴.

prévu par l'art. 107 al. 2 CO, 2e phrase, est en effet d'éviter que l'acheteur ne spéculé au détriment du vendeur (cf. WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 107 CO et les réf. citées à la jurisprudence du Tribunal fédéral; ENGEL, p. 732), ce qui peut notamment être le cas si l'acheteur tarde à se déterminer sur la question de l'exécution alors que la vente porte sur des marchandises sujettes à de fortes et rapides fluctuations de valeur. En revanche, une fois le vendeur fixé sur la question de l'exécution (ou de la non-exécution) du contrat, le risque de spéculation à ses dépens est écarté (cf. dans le même sens STANISLAS, p. 79). Certains auteurs sont néanmoins d'avis que l'acheteur doit immédiatement se prononcer sur le sort du contrat: ainsi, WIEGAND, *in* Recht 1983, p. 127; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 34 à l'art. 107 CO; VON TUHR/ESCHER, p. 154; GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3051.

¹⁰ Cf. notamment STANISLAS, pp. 76 et 77, ad n. 57 et 61 en bas de page. WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 à l'art. 107 CO; BUCHER, A.T., p. 374; ATF 44 II 411.

¹¹ WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 107 CO et les réf. citées.

¹² Cf. WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 11 à l'art. 107 CO.

¹³ Art. 119 al. 3 et 185 CO.

¹⁴ Cf. art. 119 al. 1 CO. Dans l'hypothèse évoquée ici, le retard du vendeur n'est pas fautif; la demeure du vendeur ne donne donc à l'acheteur aucune action en responsabilité en raison du cas fortuit (art. 103 al. 2 CO).

3.73 Dès que le vendeur est en demeure qualifiée de débiteur, l'acheteur a également la faculté de renoncer à l'exécution spécifique du contrat.

Il doit alors en faire la déclaration *immédiatement* (art. 107 al. 2 CO). La détermination du délai dans lequel une telle déclaration immédiate doit être faite dépendra des circonstances concrètes de l'affaire, en particulier de la nature de la vente, et des intérêts des parties¹⁵.

3.74 En principe, l'acheteur a alors le choix entre l'action en dommages-intérêts positifs¹⁶ et la résolution du contrat¹⁷.

Toutefois, lorsque, comme dans l'hypothèse considérée ici, le débiteur peut apporter la preuve qu'il est en demeure (qualifiée) sans sa faute, il peut se soustraire à l'obligation de verser des dommages-intérêts, de sorte que la seconde voie de l'art. 107 al. 2 CO n'a ni sens ni contenu: en effet, puisque le contrat est maintenu, le créancier se retrouve débiteur de sa prestation mais ne reçoit rien en contrepartie. Dans un tel cas, en accord avec une partie de la doctrine¹⁸, il convient donc de considérer que le créancier qui renonce à l'exécution spécifique n'a plus d'autre possibilité que la résolution du contrat¹⁹.

3.75 Dès que l'acheteur déclare valablement qu'il renonce à l'exécution du contrat, celui-ci est donc résolu.

Même si le vendeur exécute alors l'acte qui faisait encore défaut, le transfert du risque du prix ne peut plus avoir lieu. Une perte ou une détérioration fortuite de la chose après ce moment ne survient donc pas aux risques de l'acheteur. Celui-ci est définitivement libéré de l'obligation de payer le prix convenu, puisque le contrat n'existe plus.

¹⁵ Cf. ATF 69 II 245 et les réf. à la jurisprudence antérieure; BECKER, n. 37 à l'art. 107 CO; VON TUHR/ESCHER, p. 153; BUCHER, A.T., p. 374; WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 107 CO.

¹⁶ Cf. art. 107 al. 2 CO, 2e voie. Bien que le Code des obligations ne le dise pas, il s'agit d'une responsabilité *fautive* du débiteur en demeure alignée sur l'art. 97 CO. Le débiteur peut donc apporter la preuve de son absence de faute. Cf. à ce propos GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3023 et WIEGAND, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 107 et les réf. citées.

¹⁷ Cf. art. 107 al. 2 CO, 3e voie.

¹⁸ Cf. GAUCH/SCHLUEP, t. II, n. 3030. Cf. également les précisions apportées à ce propos *supra*, ch. 2.19 *in fine*.

¹⁹ A noter que GAUCH/SCHLUEP, dans les 3e et 4e édition de leur ouvrage, t. II, n. 1786, proposaient également de libérer l'acheteur de son obligation de payer le prix, en appliquant l'art. 119 al. 2 CO par analogie. Approche non reprise dans la 6ème édition.

2. *Régime juridique de la demeure qualifiée du vendeur dans une vente commerciale à terme strict*

3.76 S'il s'agit d'une vente commerciale et que la livraison n'est pas intervenue pour le terme strict stipulé dans le contrat, l'art. 190 al. 1 CO fonde la présomption que l'acheteur renonce à l'exécution spécifique et réclame des dommages-intérêts pour cause d'inexécution. S'il entend s'en tenir à l'action en exécution, l'acquéreur doit en informer le vendeur *immédiatement* après l'échéance du terme (art. 190 al. 2 CO).

Toutefois, lorsque, comme dans l'hypothèse considérée ici, le vendeur peut apporter la preuve libératoire qu'il est en demeure (qualifiée) sans sa faute, la solution présumée par l'art. 190 al. 1 CO, qui correspond à la seconde voie de l'art. 107 al. 2 CO, n'a plus ni sens ni contenu. Dans ce cas, selon une réflexion identique à celle faite ci-dessus²⁰, il convient donc de considérer que l'acheteur qui ne déclare pas immédiatement son intention de s'en tenir à l'action en exécution, est présumé renoncer à ce moyen et choisir la résolution du contrat²¹.

3. *Y a-t-il transfert des risques, et le cas échéant comment est-il réglé et quels sont les droits de l'acheteur, lorsque la prestation en souffrance est exécutée avant que l'acheteur ait pu exercer son choix selon les art. 107 al. 2 ou 190 CO et que la marchandise est alors fortuitement altérée ou perdue?*

3.77 On peut imaginer que, dans une vente à distance, l'acheteur, sans aucune négligence de sa part, apprend simultanément la demeure qualifiée — par hypothèse, non fautive — du vendeur, l'exécution tardive de l'acte manquant et la perte fortuite de la marchandise.

Par exemple, le contrat prévoit que le vendeur doit impérativement remettre les marchandises au transporteur pour transmission à l'acheteur au plus tard le 31 juillet au soir. Sans aucune faute du vendeur, la marchandise n'est confiée au transporteur que le 1^{er} août au soir. Le 2 août, une partie de la cargaison est fortuitement perdue en cours de transport. En raison de télécommunications défectueuses, l'acheteur, qui a pourtant essayé à de nom-

²⁰ Cf. *supra*, ch. 3.74 et les réf. citées.

²¹ Si l'acheteur choisit expressément l'action en exécution, c'est la solution exposée ci-dessus ch. 3.72 *in fine* qui s'applique. En revanche, s'il manifeste, expressément ou par son absence de réaction immédiate, son intention de renoncer à l'exécution spécifique et de résoudre le contrat, c'est la solution présentée *supra*, ch. 3.75 qui s'applique.

breuses reprises depuis le 31 juillet de joindre le vendeur et le transporteur pour savoir où en était l'exécution du contrat, n'est parvenu à entrer en rapport le vendeur qu'en fin de journée le 2 août. C'est alors qu'il prend simultanément connaissance de la demeure qualifiée, de l'expédition tardive et de l'événement fortuit.

3.78 Conformément à l'art. 190 CO si la vente est commerciale, ou aux art. 107 et 108 ch. 3 CO si elle est civile, on admet que le vendeur est en demeure qualifiée dès la survenance, le 31 juillet au soir, du terme strict prévu pour l'exécution.

C'est donc en principe à compter de ce moment que court le délai de déclaration immédiate prévu aux art. 107 al. 2 CO, 2e phrase, ou 190 al. 2 CO *in fine*. Dans un premier temps, cependant, l'acheteur ne va évidemment rien déclarer, puisqu'il ignore que le terme strict de remise au transporteur n'a pas pu être respecté.

Cela étant, le vendeur est-il en droit de comprendre que l'acheteur manifeste par ce silence ou cette absence de réaction, soit sa volonté de réclamer l'exécution spécifique du contrat s'il s'agit d'une vente civile (art. 107 al. 2 CO *in initio*), soit sa volonté de résoudre le contrat s'il s'agit d'une vente commerciale (art. 190 al. 1 CO)?

3.79 Pour déterminer comment le vendeur peut comprendre une absence de réaction de l'acheteur, celle-ci doit être analysée selon le principe de la confiance, du point de vue du vendeur, eu égard à toutes les circonstances²².

Dans un cas comme celui évoqué ici, la seule circonstance pertinente est la suivante: le vendeur sait-il (ou doit-il savoir, en faisant preuve de la diligence que les circonstances permettent d'attendre de lui selon les règles de la bonne foi) que l'acheteur *ignore* l'existence d'une demeure qualifiée, ou, au contraire, sait-il que l'acheteur en *est informé*?²³

²² Cf. art. 2 al. 1 CCS, ainsi que GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. I, n. 195 ss.

²³ Il est à vrai dire peu vraisemblable que le vendeur ne sache pas si l'acheteur est ou non au courant de la demeure qualifiée. En effet, dès qu'il est en demeure qualifiée, le vendeur, qui ne peut ignorer l'importance que l'acheteur attache au respect du terme strict, a l'obligation (à tout le moins accessoire, déduite de l'art. 2 al. 1 CCS) d'entreprendre tout ce qui est en son pouvoir en vue d'en informer son partenaire contractuel.

- aa. Le vendeur sait ou doit savoir que l'acheteur ignore l'existence d'une demeure qualifiée

3.80 Si le vendeur sait ou doit savoir que l'acheteur ignore l'existence d'une demeure qualifiée, il doit admettre, selon les règles de la bonne foi, que l'acheteur ne peut pas encore manifester une quelconque volonté en rapport avec cette demeure qualifiée.

Le vendeur ne peut donc considérer que le silence ou l'absence de réaction de l'acheteur au moment de la demeure qualifiée valent déclaration de volonté de sa part en faveur:

- de l'exécution (art. 107 al. 2 CO *in initio*),
- ou de la résolution du contrat (art. 190 al. 1 CO)²⁴.

Le vendeur doit donc corrélativement admettre que l'acheteur peut encore valablement exercer l'un ou l'autre des choix réservés par les art. 107 ou 190 CO.

3.81 Si, dans ces circonstances, le vendeur exécute néanmoins l'acte en raison duquel il était en demeure qualifiée — par exemple, dans le cas évoqué ci-dessus, il remet la marchandise au transporteur le ber août au soir —, il accomplit sciemment un acte qui n'est *a priori* pas opposable à l'acheteur, puisque cet acte ne fait pas suite à un choix exprès ou implicite de l'acheteur en faveur de l'exécution du contrat. Il prend donc un risque.

Cette exécution ne peut donc priver l'acqureur de la faculté de choisir l'une ou l'autre des voies offertes par les art. 107 al. 2 ou 190 CO.

3.82 Ainsi, dans une vente civile²⁵, cela a pour conséquence que, dès qu'il prend enfin connaissance de la demeure qualifiée et non fautive du vendeur, l'acheteur peut, nonobstant l'exécution tardive opérée par le vendeur, déclarer immédiatement qu'il renonce à l'exécution du contrat (art. 107 al. 2 CO, 2e phrase). Comme la deuxième voie de l'art. 107 al. 2 CO est exclue ici vu

²⁴ Dans les ventes commerciales à terme strict dans lesquelles le vendeur peut apporter la preuve libératoire qu'il est en demeure sans sa faute, on présume que l'acheteur qui ne déclare pas immédiatement s'en tenir à l'action en exécution renonce à ce moyen et choisit la résolution du contrat (cf. *supra*, ch. 3.76).

²⁵ Les réflexions qui suivent s'appliquent également, *mutatis mutandis*, à la demeure qualifiée et non fautive du vendeur dans une vente commerciale: les moyens à disposition de l'acheteur et les conséquences de leur exercice sont en effet les mêmes, seules les présomptions sont interverties.

l'absence de faute du vendeur²⁶, cette déclaration de renonciation à l'exécution signifie concrètement que l'acheteur résout le contrat sur le champ.

Cette déclaration impliquant résolution immédiate du contrat peut être faite même si, dans l'intervalle, la marchandise a été fortuitement perdue ou détériorée. Le cas échéant, cet événement fortuit surviendrait donc aux risques exclusifs du vendeur.

3.83 Dès qu'il a connaissance de la demeure qualifiée du vendeur, l'acheteur peut aussi opter, expressément ou implicitement, pour l'exécution spécifique du contrat (art. 107 al. 2 CO, 1^{ère} voie).

Si l'acheteur choisit cette voie en sachant, comme dans l'exemple ci-dessus, que le vendeur a d'ores et déjà procédé à une exécution tardive, son choix n'est en définitive qu'une ratification de l'exécution hors délai décidée unilatéralement par le vendeur.

Ainsi, une fois ratifiée, la prestation tardive du vendeur déploie – rétroactivement, dès le jour de son exécution – tous ses effets, au nombre desquels le transfert des risques²⁷, qui intervient dès que les conditions posées par l'art. 185 CO sont réalisées. Dans l'exemple traité ici, qui est une vente sujette à expédition, le risque du prix est transféré à l'acheteur dès que la marchandise – corps certain ou chose de genre – est remise au transporteur²⁸. Or, cet état de fait a été réalisé le ber août au soir. Tout ce qui touche fortuitement la marchandise après ce moment survient donc aux risques de l'acheteur. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la perte fortuite d'une partie de la cargaison le 2 août.

En bonne logique, l'acheteur n'a donc aucun intérêt à choisir l'exécution spécifique du contrat si, au moment auquel il prend connaissance de la demeure qualifiée du vendeur et de l'exécution tardive, il sait également que la marchandise a déjà subi une altération fortuite²⁹.

²⁶ Cf. *supra*, ch. 3.74.

²⁷ Risques de la prestation et du prix si la vente porte sur une chose de genre; risque du prix si elle porte sur un corps certain.

²⁸ Il est rappelé que, contrairement à une partie de la doctrine, la présente étude suggère de régler de façon comparable le transfert du risque du prix dans les ventes à distance de corps certain et dans celles de choses de genre.

²⁹ Si au moment du choix de l'acheteur, la marchandise est déjà fortuitement perdue ou altérée, l'acheteur qui l'ignore et opte pour l'exécution du contrat devrait pouvoir invalider son choix pour erreur essentielle sur les motifs, conformément aux art. 24 al. 1 ch. 4 CO et 31 CO applicables à toutes les manifestations de volonté (cf. à ce propos GAUCH/SCHLUEP, t. I, n° 937 et les réf. citées), et recouvrer la faculté d'opter pour la résolution du contrat. Il en va de même si le vendeur est informé d'une perte ou d'une détérioration fortuite de la marchandise mais qu'il ne le communique pas à l'acheteur et le laisse ainsi ratifier l'exécution opérée tardivement; dans ce cas, l'acheteur devrait également pouvoir invalider son choix, conformément, cette fois-ci, aux art. 28 et 31 CO.

bb. Le vendeur sait que l'acheteur est informé de la demeure qualifiée

3.84 Si le vendeur est parvenu à informer l'acheteur de la demeure qualifiée ou s'il sait d'une autre façon que l'acheteur en a eu connaissance, et que celui-ci ne réagisse pas *immédiatement*³⁰, le vendeur est alors en droit d'invoquer la présomption que les art. 107 al. 2 *in initio* ou 190 al. 1 CO attachent à une telle attitude de l'acheteur.

En revanche, si le délai de réaction immédiate n'est pas échu, le vendeur ne peut encore rien déduire d'une éventuelle inaction de l'acheteur. S'il exécute néanmoins la prestation en souffrance, il le fait donc à ses risques, puisqu'il est envisageable que l'acheteur, à l'échéance du délai, opte pour la résolution du contrat.

3.85 S'il s'agit d'une vente civile, l'acheteur qui ne réagit pas immédiatement est présumé persister à réclamer l'exécution de la prestation en souffrance³¹. Dans ce cas, le vendeur qui exécute cette prestation fait précisément ce que l'acheteur est présumé avoir choisi. Dans l'exemple ci-dessus, l'acte manquant est la remise au transporteur; son exécution conforme au choix présumé de l'acheteur opérerait donc le transfert des risques³², en sorte que la perte ou la détérioration fortuite de la chose après ce moment surviendrait aux risques de l'acheteur.

3.86 S'il s'agit d'une vente commerciale, l'acheteur qui ne choisit pas immédiatement l'exécution est présumé y renoncer et réclamer des dommages-intérêts positifs. Cela étant, lorsque, comme dans l'exemple traité ici, le vendeur peut apporter la preuve qu'il est en demeure (qualifiée) sans sa faute, il paraît exclu, on l'a vu, de présumer que l'acheteur opte pour les dommages-intérêts. La seule présomption qui puisse raisonnablement être déduite d'un silence ou d'une inaction de l'acheteur dans ce cas est qu'il renonce à l'exécution et opte pour la résolution du contrat.

Le vendeur qui apporterait néanmoins la prestation en souffrance exécuterait donc un contrat qui a cessé d'exister. Cette exécution ne pourrait donc plus opérer le transfert des risques, en sorte qu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise surviendrait aux seuls risques du vendeur.

³⁰ A propos de la détermination du délai de réaction immédiate, cf. *supra*, ch. 3.73.

³¹ Cf. *supra*, ch. 3.71 s. et art. 107 al. 2 CO *in initio*.

³² Cf. art. 185 al. 2 CO et *infra*, ch. 4.54 ss.

Section B

Dans la Convention de Vienne

a. Rapports entre demeure du vendeur et événement fortuit

3.87 Bien que la Convention de Vienne ne contienne pas expressément de norme semblable à l'art. 103 CO, elle paraît cependant implicitement consacrer des solutions comparables à celles retenues par cette disposition du Code des obligations.

3.88 Considérons, par exemple, que le vendeur en demeure exécute tardivement la prestation encore en souffrance. Après que les conditions des art. 67 ou 69 CV sont réalisées, la marchandise est perdue ou détériorée par le fait d'un tiers dont le vendeur n'a pas à répondre.

S'il est établi, d'une part, que le fait du tiers n'aurait pas touché la marchandise si le vendeur s'était exécuté à temps et, d'autre part, que le retard du vendeur est dû à un empêchement dépendant de sa volonté, qu'il aurait raisonnablement pu ou dû prendre en compte lors de la conclusion du contrat, ou qu'il aurait pu ou dû prévenir ou surmonter, la demeure du vendeur peut avoir pour conséquence qu'il supporte les risques liés à la perte ou à la détérioration de la marchandise survenue après le moment du transfert des risques. En effet, on peut considérer dans un tel cas que la perte ou la détérioration de la marchandise, bien que fortuite puisque due au fait d'un tiers indépendant du vendeur, a en réalité été favorisée par la demeure du vendeur, c'est-à-dire par un *fait du vendeur*, ce qui exclurait que l'acheteur en supporte les risques. C'est là l'effet de l'art. 66 CV *in fine*³³, qui consacrerait ainsi un principe analogue à celui que prévoit l'art. 103 al. 1 CO pour le cas où le vendeur ne parvient pas à s'exonérer³⁴.

En outre, la Convention de Vienne paraît également admettre un régime d'exceptions semblable à celui prévu par l'art. 103 al. 2 CO. En effet, si la demeure du vendeur est due à un empêchement indépendant de sa volonté, qu'il ne pouvait raisonnablement pas prendre en compte lors de la conclusion du contrat, ni prévenir, ni surmonter, il n'y a alors plus de fait du vendeur au sens de l'art. 66 CV *in fine* commandant qu'il ait le fardeau des risques de toute perte ou détérioration, même fortuite, survenant après le moment du transfert des risques³⁵. Enfin, bien que la Convention de Vienne ne le dise pas

³³ Cf. notamment *supra*, ch. 2.189.

³⁴ Cf. *supra*, ch. 3.68 ss.

³⁵ A rapprocher de la première preuve libératoire prévue par l'art. 103 al. 2 CO.

expressément, il semble logique que, même s'il est responsable de sa demeure, le vendeur n'ait pas le fardeau des risques d'une perte ou d'une détérioration fortuite de la marchandise postérieure au moment du transfert des risques, s'il est établi que cet événement fortuit eût aussi touché la chose si l'exécution avait eu lieu à temps³⁶.

3.89 Comme le Code des obligations, la Convention de Vienne admet donc qu'il puisse y avoir transfert des risques à l'acheteur malgré une demeure du vendeur, lorsque le retard dans l'exécution n'est pas imputable à ce dernier.

Dans l'optique de la comparaison à laquelle il est procédé ici, il est dès lors intéressant, au vu des questions abordées en droit suisse³⁷, d'évoquer tout d'abord brièvement les moyens à disposition de l'acheteur en cas de demeure du vendeur, en présentant le sort et les effets de ces moyens en cas d'événement fortuit survenant après l'exécution tardive de la prestation (*infra*, b). Suivra une comparaison entre le droit suisse et la Convention de Vienne à la lumière de deux cas particuliers, notamment celui évoqué ci-dessus dans lequel, sans y avoir été invité par l'acheteur, le vendeur en demeure apporte néanmoins la prestation en souffrance qui est alors fortuitement touchée (*infra*, c).

- b. Aperçu du régime juridique de la demeure du vendeur selon la Convention de Vienne et des moyens à disposition de l'acheteur – le sort et les effets de ceux-ci en cas d'événement fortuit survenant après l'exécution tardive de la prestation

3.90 Contrairement au Code des obligations qui consacre à la demeure une réglementation propre (art. 102 ss CO), la Convention de Vienne soumet la demeure aux règles générales en matière de contravention au contrat (art. 45 CV ss).

La détermination des moyens que la Convention de Vienne confère à l'acheteur dépend donc de la possibilité de qualifier la demeure du vendeur de contravention essentielle au contrat.

³⁶ *Casus mixtus*. Cf. à ce propos NEUMAYER/MING, n. 2 *in fine* à l'art. 70 CV. A rapprocher de la seconde preuve libératoire admise par l'art. 103 al. 2 CO.

³⁷ Cf. *supra*, ch. 3.70 à 3.86.

1. *En cas de demeure constitutive d'une contravention essentielle au contrat*

3.91 Si la demeure du vendeur constitue une *contravention essentielle* au contrat, l'acheteur a essentiellement la possibilité d'agir en exécution de la prestation en souffrance³⁸ — individualisation, remise au transporteur etc. — ou de résoudre le contrat³⁹.

Il peut également exiger, dans les deux cas, des dommages-intérêts conformément aux art. 74 ss CV, mais cette voie ne lui serait pas ouverte en l'espèce, puisque, dans l'hypothèse évoquée ici, le vendeur n'est pas responsable de sa demeure et pourra donc se libérer de l'obligation de dédommager l'acheteur (art. 79 al. 5 CV).

3.92 Il découle de la systématique de l'art. 49 CV que le droit de l'acheteur de résoudre le contrat en raison d'une demeure du vendeur constitutive d'une contravention essentielle au contrat peut être exercé tant que le vendeur n'a pas apporté la ou les prestations encore en souffrance⁴⁰.

Dès que le vendeur s'est exécuté, l'acheteur peut encore résoudre le contrat dans un *délai raisonnable* à compter du moment où il a su que la marchandise était livrée (art. 49 al. 2 litt. a CV)⁴¹. Le but de cette déclaration de l'acheteur dans un délai raisonnable étant d'éviter toute spéculation au détriment du vendeur et de permettre à ce dernier de récupérer sa marchandise au plus vite afin de pouvoir l'offrir à nouveau sur le marché aux meilleures conditions, on doit dès lors considérer, conformément à l'art. 7 al. 1 *in fine* CV et en accord avec une doctrine majoritaire, que l'art. 49 al. 2 litt. a CV exige en réalité que l'acheteur se prononce *immédiatement*⁴².

L'acheteur qui ne se prononce pas immédiatement après l'exécution (tardive) de la prestation manquante est déchu du droit de se prévaloir de la demeure du vendeur pour mettre fin au contrat (art. 49 al. 2 *in initio* CV)⁴³. Il est alors réputé accepter l'exécution tardive du contrat. Avec pour consé-

³⁸ Art. 46 al. 1, éventuellement couplé avec l'art. 47 al. 1 CV.

³⁹ Art. 49 al. 1, litt. a CV.

⁴⁰ Cf. dans le même sens HUBER, n. 35 à l'art. 49 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 14 à l'art. 49 CV; NEUMAYER/MING, n. 7 à l'art. 49 CV; PILTZ, n. 276.

⁴¹ Voir également HUBER, n. 37 à l'art. 49 CV et les réf. citées; ZIEGLER U., p. 91.

⁴² Cf. également HUBER, n. 38 à l'art. 49 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 7 à l'art. 49.

⁴³ Il conserve en revanche le droit de résoudre la vente selon l'art. 49 al. 1 litt. a CV s'il découvre après la livraison que la marchandise qui lui est remise est entachée d'un défaut de conformité constitutif d'une contravention essentielle. Cf. HUBER, n. 38 *in fine* à l'art. 49 CV.

quence que les risques lui sont transférés, dès que cette exécution tardive satisfait les conditions des art. 67 ou 69 CV; si la marchandise est alors fortuitement perdue ou détériorée, l'acheteur doit au vendeur le plein prix convenu (art. 66 CV).

3.93 Si l'acheteur opte valablement pour la résolution du contrat, celui-ci n'existe plus. Une éventuelle exécution de la prestation en souffrance n'aurait donc aucun effet par rapport à ce contrat⁴⁴; en particulier, elle ne pourrait opérer aucun transfert des risques.

3.94 L'acheteur peut aussi expressément opter pour l'exécution de la prestation manquante.

Il peut alors impartir au vendeur un délai pour s'exécuter (art. 47 al. 1 CV), auquel cas le vendeur doit faire sa prestation dans le temps ainsi prescrit. S'il ne le fait pas, ou s'il déclare qu'il ne s'exécutera pas dans le délai fixé, l'acheteur recouvre la faculté de résoudre le contrat conformément à l'art. 49 al. 1 litt. b CV.

Si aucun délai n'est fixé, le vendeur doit s'exécuter dans un délai raisonnable à compter du moment auquel l'acheteur a opté pour l'exécution spécifique⁴⁵. S'il ne le fait pas et que cette inexécution constitue une contravention essentielle au contrat — ce qui devrait être admis, si elle en constituait déjà une avant le choix de l'acheteur en faveur de l'exécution —, l'acheteur recouvre également la faculté de résoudre le contrat, conformément à la litt. a (et non la litt. b) de l'art. 49 al. 1 CV.

Dans les deux cas ci-dessus, si le vendeur apporte la ou les prestations manquantes dans le délai qui lui a été imparti ou dans un délai raisonnable, les risques sont transférés à l'acheteur dès que cette exécution tardive satisfait les conditions des art. 67 ou 69 CV. S'il ne le fait pas et que l'acheteur résolve le contrat, il ne se pose bien évidemment plus de questions de risques.

⁴⁴ En revanche, une telle exécution pourrait alors constituer une offre du vendeur de conclure un nouveau contrat, que l'acheteur est alors libre d'accepter ou de refuser.

⁴⁵ Art. 33 litt. c CV appliqué par analogie.

2. *En cas de demeure non constitutive d'une contravention essentielle au contrat*

3.95 Si la demeure du vendeur ne constitue *pas une contravention essentielle* au contrat, l'acheteur n'a en substance que le droit d'agir en exécution, en fixant éventuellement un délai supplémentaire en conformité de l'art. 47 al. 1 CV. Dans cette hypothèse, les risques de la prestation et du prix sont transférés à l'acheteur dès que l'exécution tardive par le vendeur, le cas échéant dans le délai supplémentaire qui lui aura été imparti, satisfera les exigences des art. 67 ou 69 CV. Une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après ce moment surviendrait donc aux risques de l'acheteur, qui resterait tenu du plein prix convenu sans disposer par ailleurs de moyens contre le vendeur.

Toutefois, même dans les cas de demeure du vendeur non constitutifs d'une contravention essentielle, l'acheteur peut résoudre la vente lorsque le vendeur ne s'exécute pas dans le délai supplémentaire que l'acheteur lui a fixé conformément à l'art. 47 al. 1 CV⁴⁶. Dans ces cas, comme on vient de le voir, la résolution du contrat par l'acheteur exclurait tout transfert des risques.

c. Comparaison entre le Code des Obligations et la Convention de Vienne à la lumière d'un cas de perte fortuite de la marchandise survenant après une exécution tardive par le vendeur, non sollicitée par l'acheteur

3.97 Reprenons un cas déjà évoqué: le contrat prévoit que le vendeur doit impérativement remettre les marchandises au transporteur pour transmission à l'acheteur au plus tard le 31 juillet au soir. Sans aucune faute du vendeur, la marchandise n'est confiée au transporteur que le 1^{er} août au soir. Le 2 août, une partie de la cargaison est fortuitement perdue en cours de transport. En raison de télécommunications défectueuses, l'acheteur, qui a pourtant essayé à de nombreuses reprises depuis le 31 juillet de joindre le vendeur et le transporteur pour savoir où en était l'exécution du contrat, n'est parvenu à entrer en rapport le vendeur qu'en fin de journée le 2 août. C'est alors qu'il prend simultanément connaissance de la demeure qualifiée, de l'expédition tardive et de l'événement fortuit.

⁴⁶ Art. 49 al. 1 litt. b CV. Cf. à ce propos NICHOLAS, n. 2.4 à l'art. 70 CV; ROTH, p.305; WITZ, p. 95.

Le terme d'exécution du 31 juillet au soir est considéré en droit suisse comme un terme strict au sens des art. 108 ch. 3 ou 190 al. 1 CO, dont le non-respect ouvre à l'acheteur les moyens prévus par les art. 107 al. 2 ou 190 CO, au nombre desquels la résolution du contrat.

Selon la Convention de Vienne, qui ne connaît pas les notions de *terme strict* ou de *demeure qualifiée*, l'inexécution (même non fautive) le 31 juillet au soir constituera soit une contravention essentielle, soit une contravention non-essentielle au contrat. Les deux hypothèses seront examinées ci-après, étant toutefois précisé que le non-respect d'un terme strict, c'est-à-dire d'un terme d'exécution dont la partie en demeure sait que l'observation est essentielle pour son cocontractant, constituera le plus souvent une contravention essentielle au contrat au regard de la définition de l'art. 25 CV⁴⁷.

1. L'inobservation du terme d'exécution constitue une contravention essentielle au contrat

3.98 Dans cette hypothèse, qui est assurément la plus vraisemblable, l'acheteur a le choix de résoudre le contrat⁴⁸ ou de réclamer l'exécution spécifique, ce qui correspond également aux moyens dont il dispose selon le Code des obligations⁴⁹.

3.99 Ainsi que cela a du reste également été souligné en droit suisse, l'acheteur ne peut bien évidemment faire ce choix qu'à compter du moment où il connaît la contravention essentielle au contrat, c'est-à-dire l'inobservation du délai.

A la différence du droit suisse, il n'est cependant pas tenu de faire son choix *dès* qu'il est informé de la demeure du vendeur; ainsi qu'on vient de le voir⁵⁰, la Convention de Vienne n'exige une telle déclaration immédiate de l'acheteur qu'à compter du moment où il sait que le vendeur a exécuté (tardivement) la prestation en souffrance.

Ainsi, tant qu'une telle exécution tardive n'a pas eu lieu, une éventuelle absence de réaction de l'acheteur ne peut avoir aucune portée particulière; notamment, la Convention de Vienne n'y attache pas de présomptions sem-

⁴⁷ Cf. dans le même sens SCHLECHTRIEM, n. 18 à l'art. 25 CV, ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3.4 à l'art. 25 CV et HUBER, n. 37 à l'art. 49 CV. Voir aussi WITZ, pp. 95 s.

⁴⁸ Cf. art. 49 al. 1, litt. a CV et *supra*, ch. 3.91.

⁴⁹ Cf. art. 107 al. 2 et 190 CO; *supra*, ch. 3.71 à 3.78.

⁵⁰ Cf. *supra*, ch. 3.92 et art. 49 al. 2 litt. a CV.

blables à celles retenues par le Code des obligations⁵¹. Dans l'optique de la Convention de Vienne, il est ainsi sans pertinence d'examiner, de surcroît en distinguant les ventes civiles et les ventes commerciales, comment le vendeur peut comprendre une éventuelle absence de réaction de l'acheteur⁵². Il n'est donc pas davantage nécessaire de se demander si le vendeur sait ou doit savoir que l'acheteur ignore l'inobservation du terme strict⁵³.

Si, avant que l'acheteur n'opte pour la résolution ou l'exécution du contrat, le vendeur exécute la prestation en souffrance, le droit de l'acheteur de se départir du contrat sera limité par le *délai raisonnable* – en réalité immédiat⁵⁴ – de l'art. 49 al. 2 litt a CV. Pour connaître le sort du contrat et les droits et obligations de chaque partie dans ce cas, il suffit donc de déterminer quand l'acheteur a eu connaissance de l'exécution tardive et, en fonction de cela, jusqu'à quand il peut encore valablement déclarer qu'il résout le contrat.

3.100 Dans l'exemple traité ici, l'acheteur prend simultanément connaissance, le 2 août au soir, du retard du vendeur et de l'exécution tardive de la prestation en souffrance. Il s'agit donc d'emblée d'un cas de *livraison tardive*, au sens de l'art. 49 al. 2 litt. a CV. L'acheteur qui veut résoudre le contrat doit donc en faire la déclaration dans un délai raisonnable à compter du moment où il prend connaissance de la livraison tardive, c'est-à-dire, en réalité, *immédiatement*.

Tant que ce *délai raisonnable*, n'est pas écoulé, la question du sort du contrat et, partant, celle du transfert des risques sont en suspens; le vendeur qui a exécuté sa prestation en retard alors que l'acheteur peut encore résoudre la vente a donc sciemment pris un risque⁵⁵.

3.101 A l'échéance du *délai raisonnable*, le vendeur est alors fixé: soit l'acheteur a résolu le contrat, soit il a opté, expressément ou par absence de réaction, pour l'exécution.

Si l'acheteur déclare résoudre la vente, il n'y a pas de transfert des risques, et cela quand bien même le vendeur a finalement remis la marchandise au transporteur et réalisé ainsi l'état de fait de l'art. 67 CV. La perte

⁵¹ Présomption que l'acheteur réclame l'exécution si la vente est civile (cf. *supra*, ch. 3.71), ou qu'il renonce à l'exécution si la vente est commerciale (cf. *supra*, ch. 3.76).

⁵² Alors que cela doit être examiné selon le CO. Cf. *supra*, ch. 3.78 *in fine* et 3.79.

⁵³ Cf. *supra*, ch. 3.79 ss.

⁵⁴ Cf. *supra*, ch. 3.92.

⁵⁵ La situation s'analyse en des termes identiques selon le Code des obligations. Cf. *supra*, ch. 3.81.

fortuite d'une partie de la cargaison après ce moment, qui serait en principe celui du transfert des risques, ne serait donc pas un obstacle à la résolution du contrat par l'acheteur et surviendrait aux risques exclusifs du vendeur⁵⁶.

Si l'acheteur opte pour l'exécution de la vente, le contrat est maintenu. Par cette option expresse ou implicite, l'acheteur ratifie donc l'exécution à laquelle le vendeur a procédé de sa propre initiative. Le contrat étant ainsi maintenu, les risques sont transférés à l'acheteur dès qu'est réalisé l'état de fait de l'art. 67 CV, puisqu'il s'agit d'une vente *impliquant transport des marchandises*. Or, cet état de fait a été réalisé au moment de la remise (tardive) des marchandises au transporteur le 1er août au soir. Tout ce qui touche fortuitement la marchandise après ce moment survient donc aux risques de l'acheteur. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la perte fortuite d'une partie de la cargaison le 2 août⁵⁷. Tout comme en droit suisse, l'acheteur qui est simultanément informé de l'exécution tardive et de la survenance d'un événement fortuit après le moment théorique du transfert des risques aura donc généralement intérêt à déclarer immédiatement la résolution du contrat⁵⁸.

Sur le plan du résultat, le Code des obligations et la Convention de Vienne apportent donc des réponses très largement comparables aux différentes hypothèses qui viennent d'être évoquées en rapport avec l'exemple traité ici. Toutefois, par le nombre de distinctions et de questions⁵⁹ qu'il impose lorsque, comme en l'espèce, une perte fortuite de la marchandise se greffe sur une exécution tardive par le vendeur non sollicitée par l'acheteur, le système prévu par le Code des obligations apparaît sensiblement plus lourd à mettre en œuvre que celui prévu par la Convention de Vienne.

⁵⁶ Cf. *supra*, ch. 3.82, la solution analogue du droit suisse.

⁵⁷ Cf. *supra*, ch. 3.83, la solution analogue du droit suisse.

⁵⁸ Si, au moment auquel il choisit l'exécution du contrat, l'acheteur ignore la survenance d'un événement fortuit, ou n'en a pas été informé par le vendeur, il se pose alors la question d'une éventuelle invalidation de son choix par l'acheteur, qui sera tranchée par le droit national applicable à la vente selon les règles du droit international privé. Si ce droit est le droit suisse, l'invalidation devrait être admise, cf. à ce propos *supra*, ch. 3.83.

⁵⁹ S'agit-il d'une vente civile ou commerciale? l'acheteur est-il informé de la demeure qualifiée du vendeur? celui-ci le sait-il ou doit-il le savoir? comment le vendeur peut-il comprendre une éventuelle inaction de l'acheteur? peut-il y attacher le cas échéant l'une ou l'autre des présomptions des art. 107 ou 190 CO?

2. *L'inobservation du terme d'exécution ne constitue pas une contravention essentielle au contrat*

3.102 Admettons, ce qui paraît moins vraisemblable, que le retard du vendeur ne constitue pas une contravention essentielle au contrat.

Au moment de la demeure, l'acheteur n'a donc aucune possibilité de résoudre la vente. Il pourrait le faire, s'il fixait un délai supplémentaire au vendeur et que celui-ci ne s'exécute pas dans ce délai. Cette possibilité est cependant exclue en l'espèce, puisqu'avant même toute fixation de délai, le vendeur exécute spontanément la prestation en souffrance. Les droits de l'acheteur restent donc réduits à l'action en exécution du contrat.

Dans ce cas, le vendeur qui exécute tardivement la prestation manquante accomplit précisément le seul acte que l'acheteur est en droit de lui demander. L'exécution tardive – en l'espèce la remise au transporteur – déploie donc pleinement tous ses effets, au nombre desquels le transfert (tardif) des risques selon les art. 66 et 67 al. 1 CV.

Dans cette hypothèse, la perte fortuite d'une partie de la marchandise postérieure au moment du transfert des risques surviendrait donc aux risques de l'acheteur. A noter que cette hypothèse et sa solution n'ont pas leur équivalent en droit suisse. En effet, en cas de demeure (qualifiée) du vendeur, l'acheteur a *ex lege*, selon le Code des obligations, le droit de résoudre la vente sans égard à la gravité de la demeure.

Chapitre 3

Vue d'ensemble

3.103 L'intérêt principal de cette troisième partie est de confirmer, tant du point de vue de la Convention de Vienne que de celui du Code des obligations, que le transfert des risques ne porte aucune atteinte aux droits que l'acheteur peut avoir par ailleurs contre son vendeur en raison d'une inexécution du contrat antérieure au moment de ce transfert.

Cette confirmation est plus particulièrement intéressante dans le cadre de la Convention de Vienne, dont une lecture rapide de l'art. 70, notamment *a contrario*, pourrait *a priori* donner à penser que l'acheteur perd ces droits lorsqu'ils résultent d'une contravention non-essentielle au contrat.

3.104 En particulier, si le vendeur livre un *pejus*, tant le Code des obligations que la Convention de Vienne autorisent l'acheteur, nonobstant le fait que le *pejus* ait été fortuitement perdu ou altéré après que les risques ont été transférés à l'acheteur, à exercer contre son vendeur tous les droits dont il dispose en raison de cette inexécution et dont il n'est pas déchu. Dans les deux systèmes juridiques, la fourniture d'un *pejus* n'est donc pas un obstacle au transfert des risques¹, pas plus que la perte ou la détérioration fortuite du *pejus* après le moment du transfert des risques n'est un obstacle à l'exercice par l'acheteur des droits découlant de cette exécution défectueuse.

Il va cependant de soi que, dans la mesure où le *pejus* a été fortuitement perdu ou altéré après que les risques ont passé à l'acheteur, ce dernier a logiquement intérêt, s'il le peut, à n'exercer que les droits (résolution du contrat ou, s'il s'agit de choses de genre, action en livraison de marchandises de remplacement) qui lui permettent de refuser le *pejus*, de retenir ou de récupérer le prix et donc, concrètement, de retransférer au vendeur les risques de la livraison imparfaite.

Du fait de l'altération ou de la perte fortuite du *pejus* après le moment du transfert des risques, l'exercice des autres moyens à disposition de l'acheteur (réduction du prix, éventuelle réparation du *pejus* limitée aux défauts antérieurs au moment du transfert des risques) est *a priori* sans intérêt, puis-

¹ Voir la solution apparemment semblable mise en œuvre par l'art. 1647 al. 2 CCFr, qui met *a priori* à la charge de l'acheteur le risque de perte ou de détérioration fortuite d'une chose entachée d'un défaut.

que cela l'exposerait à devoir payer pour une chose endommagée, voire détruite.

3.105 La Convention de Vienne ne fait pas de différence entre livraison d'un *pejus* et livraison d'un *aliud*, et confère donc à l'acheteur dans les deux cas la même palette de moyens.

Dès lors, lorsque le vendeur livre, non un *pejus*, mais un *aliud*, la Convention de Vienne autorise également l'acheteur, nonobstant la perte ou l'altération fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques, à exercer tous les droits dont il dispose en raison de cette inexécution et dont il n'est pas déchu (à l'exception de l'action en réparation qui n'a, à l'évidence, aucun sens lorsque le vendeur livre autre chose que l'objet de la vente).

Si la livraison d'un *aliud* peut être qualifiée de contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV — ce qui sera le plus souvent le cas —, l'acheteur est autorisé à résoudre la vente ou à réclamer la livraison d'une marchandise de remplacement. Ces moyens sont avantageux pour l'acheteur lorsque l'*aliud* est fortuitement perdu ou détérioré après que les risques lui ont été transférés, puisque, ainsi que cela a également été observé en rapport avec la livraison d'un *pejus*, ils permettent à l'acheteur de refuser l'*aliud*, de retenir ou de récupérer le prix et donc de retransférer au vendeur les risques d'une livraison imparfaite.

Cela étant, si la divergence de genre entre l'*aliud* livré et l'objet défini dans le contrat de vente ne constitue pas une contravention essentielle au contrat, l'acheteur ne dispose que d'une action en réduction de prix, augmentée d'éventuels dommages-intérêts. Il n'a donc pas les moyens de refuser l'*aliud*, c'est-à-dire de retransférer les risques au vendeur, ce qui est désavantageux si l'*aliud* a été fortuitement perdu ou altéré après le moment du transfert des risques; en pareille hypothèse, l'acheteur reste en effet tenu d'accepter l'*aliud*, le cas échéant détérioré, voire détruit, et d'en payer le prix, éventuellement réduit pour tenir compte de la divergence originelle de genre.

3.106 Le régime juridique de l'*aliud* selon le Code des obligations est sensiblement différent et, apparemment, plus favorable à l'acheteur: en effet, en droit suisse interne, la livraison d'un *aliud* (a) est toujours un obstacle au transfert des risques et (b) confère systématiquement à l'acheteur l'action générale en exécution du contrat, voire la faculté de se départir du contrat.

Ainsi, lorsqu'il est établi que la chose livrée est d'un autre genre que celle qui a été commandée, l'acheteur, quoi qu'il fasse et quoi qu'il advienne de l'*aliud*, ne peut pas avoir les risques de la (mauvaise) prestation du vendeur. Contrairement à ce que consacre la Convention de Vienne en distin-

quant selon que l'*aliud* constitue ou non une contravention essentielle au contrat, une fois établi en droit suisse interne qu'il y a livraison d'un *aliud*, l'importance de la divergence de genre n'est plus juridiquement pertinente.

Le traitement différent de l'*aliud* dans le Code des obligations et dans la Convention de Vienne s'explique par le fait que la Convention de Vienne ne distingue pas les différentes sortes d'exécution incorrecte et les soumet toutes au régime des art. 45 ss CV.

3.107 Enfin, conformément au principe général observé dans cette troisième partie, la survenance d'un événement fortuit après le moment du transfert des risques, retardé en raison d'une demeure du vendeur, ne porte pas davantage atteinte aux droits dont l'acheteur dispose en raison de cette demeure du vendeur.

Plus exactement, lorsque la prestation en souffrance est finalement apportée par le vendeur avant que, sans aucune négligence de sa part, l'acheteur ait pu exercer les choix que lui confère la Convention de Vienne ou le Code des obligations en raison de la demeure du vendeur, et que la marchandise est alors fortuitement altérée ou perdue, l'acheteur conserve la faculté d'exercer les choix en question.

IV. LE MOMENT AUQUEL LE RISQUE DU PRIX PASSE À L'ACHETEUR

4.1 Dans cette quatrième partie seront exposés et comparés les moments auxquels la Convention de Vienne, le Code des obligations et les INCOTERMS opèrent le transfert des risques à l'acheteur. Le plan de cette partie s'inspirera largement de la division tripartite adoptée par la Convention de Vienne:

- contrats de vente impliquant transport des marchandises (*infra*, chapitre 1);
- contrats de vente portant sur des marchandises en transit (*infra*, chapitre 2);
- autres contrats de vente, en particulier ceux comportant stipulation d'une dette portable ou quérable (*infra*, chapitre 3).

Chapitre 1

Contrats de vente impliquant transport des marchandises

Section A

La solution de la Convention de Vienne selon l'article 67 CV

a. Structure de l'art. 67 CV

4.2 L'art. 67 CV détermine le moment du transfert des risques dans les ventes *impliquant un transport des marchandises*.

Il distingue à ce propos selon que le transport est ou non censé débiter en un lieu particulier (1er alinéa, 1ère ou 2e phrase).

Sur cette première distinction il greffe en outre la différence classique entre vente de corps certains et vente de choses déterminées par leur genre (2e alinéa).

b. Les éléments communs aux deux hypothèses de l'alinéa 1

1. *Un contrat impliquant transport des marchandises*

4.3 L'art. 67 CV vise les ventes qui *impliquent un transport des marchandises*. C'est là l'élément le plus important que les deux hypothèses de l'art. 67 al. 1 CV ont en commun.

Constituent de telles ventes celles dans lesquelles le vendeur est tenu d'*expédier* la marchandise à l'acheteur¹, «expédier» ne signifiant pas «transporter» mais «faire transporter». A ce propos, la formulation des art. 31 litt. a et 67 al. 1 CV – «*remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur*» – indique en effet bien que, dans une vente impliquant transport des marchandises, ce n'est pas le vendeur qui doit effectuer ce transport jusqu'à l'acheteur, mais que l'acheminement de la marchandise doit, à compter d'un certain stade, être confié à un transporteur, voire à plusieurs transporteurs successifs, qui devra être *indépendant*² des parties.

Ainsi, selon les art. 31 litt. a et 67 al. 1 CV, une vente impliquant transport des marchandises suppose que les parties soient convenues:

- d'un *lieu de destination*, auquel la marchandise doit être remise à l'acheteur ou son représentant par un transporteur indépendant, ce lieu devant être distinct du lieu (d'exécution³) auquel le vendeur doit pour sa part remettre la marchandise au transporteur;
- d'un *convoyage* de la marchandise de ce lieu d'exécution au lieu de destination par les soins d'un ou plusieurs transporteurs indépendants des parties.

2. *La mise en œuvre d'un transporteur*

aa. Un transporteur indépendant des parties

4.4 Pour que l'art. 67 CV s'applique, le contrat de vente conclu entre les parties doit donc prévoir que la distance entre le lieu d'exécution et le lieu de

¹ Cf. Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, Documents Officiels, p. 69, ch. 2 à l'art. 79 du projet (actuel art. 67); ZIEGLER, U. pp. 88 ss; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 67 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 67 CV; NEUMAYER/MING, n. 1-2 à l'art. 67 CV; HONNOLD, n. 369.3 à l'art. 67 CV; BUCHER, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 214, qui rapproche l'art. 67 CV de ce que doctrine et jurisprudence helvétiques ont qualifié de «*Versendungskauf*», c'est-à-dire de vente sujette à expédition. Voir également le Message du CF, p. 66.

² Cf. *infra*, ch. 4.5 s.

³ Cf. SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 271, ch. 2 *in initio*.

destination sera couverte par les services d'un transporteur, auquel elles auront été *remises* à cette fin.

4.5 En distinguant tout d'abord les personnes du vendeur, de l'acheteur et du transporteur, l'art. 67 CV souligne l'*indépendance* que le transporteur mis en œuvre doit avoir par rapport aux parties⁴. A ce propos, les termes *transport* et *transporteur (carriage, carrier)* indiquent bien que, conformément à la pratique de la vente internationale, seule est visée par là la personne ou l'entité juridique qui sera liée par un contrat de transport⁵, ce qui exclut à l'évidence que le personnel de l'une ou l'autre des parties puisse être transporteur au sens de l'art. 67 CV.

4.6 Par rapport au vendeur, cette indépendance est également soulignée par le recours au verbe «*remettre*», que l'on retrouve à l'art. 31 litt. a CV qui vise la même hypothèse que l'art. 67 CV.

Or, selon l'art. 31 litt. a CV, la *remise* des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur opère leur *livraison* (art. 31 CV, 1^{ère} phrase), ce qui suppose un transfert de leur possession au transporteur⁶. *A contrario*, lorsque le vendeur confie le convoyage des marchandises à sa propre organisation de transport, il ne peut logiquement pas encore y avoir transfert de possession des marchandises, en sorte qu'il ne peut davantage y avoir à ce stade livraison au sens de l'art. 31 litt. a CV ou remise au sens de l'art. 67 CV⁷.

Enfin, cette indépendance à l'égard du vendeur est encore confirmée par la systématique des art. 67 ss CV, en particulier par les rapports entre les art. 67 et 69 CV. En effet, l'art. 69 CV règle les cas non visés par l'art. 67 CV (art. 69 al. 1 CV *in initio*), au nombre desquels les cas dans lesquels le ven-

⁴ Cf. dans le même sens POSCH, p. 169. Voir aussi SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 16 à l'art. 67 CV.

⁵ Voir par exemple la définition du transporteur selon le terme FCA des INCOTERMS, *in* Guide des INCOTERMS (1990), p. 51: «toute personne qui, aux termes d'un contrat de transport, s'engage à effectuer ou faire effectuer un transport (...)». Voir également NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 67 CV et HONNOLD, n. 369.1 à l'art. 67 CV et les réf. qu'il cite n. 10 en bas de page.

⁶ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 15 *in initio* à l'art. 67 CV; NEUMAYER/MING, n. 5, 3^e paragraphe, à l'art. 31 CV et n. 2 à l'art. 67 CV. HONNOLD, n. 369.1, 2^e paragraphe, à l'art. 67 CV; HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 167; HAGER, n. 3 à l'art. 67 CV.

⁷ Cf. Message du Conseil fédéral, ch. 232.21, 3^e paragraphe *in fine*; HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 166 s. et les références à la Convention de La Haye qu'il cite à la note 6 en bas de page; POSCH, p. 169 *in initio*; ZIEGLER U., p. 89; HAGER, n. 5 à l'art. 67 CV; HUBER, n. 40 à l'art. 31 CV; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 à l'art. 67 CV.

deur (ou son personnel) achemine lui-même les marchandises à l'acheteur (art. 69 al. 2 CV).

Pour que la marchandise puisse lui être *remise*⁸ au sens des art. 31 et 67 CV, le «*premier transporteur*» doit donc être une personne juridiquement distincte et indépendante du vendeur^{9,10}.

4.7 VON HOFFMANN est néanmoins d'avis que, dans une vente à expédition, le rôle du *premier transporteur* peut également être exercé par les propres services de transport du vendeur, lorsque ceux-ci sont plus rapides ou plus avantageux que ceux habituellement offerts dans le commerce¹¹. Avec pour conséquence que, selon l'art. 67 CV, l'acheteur aurait les risques de la marchandise dès sa «remise» à l'organe de transport du vendeur.

Par cette approche, VON HOFFMANN semble perdre de vue que le *premier transporteur* de l'art. 67 CV est également celui de l'art. 31 litt. a CV, auquel le vendeur remet la marchandise à l'effet de s'acquitter de son obligation de livraison (art. 31 CV *in initio*). Or, il n'est pas concevable que cette *livraison*, qui reste l'une des obligations principales du vendeur dans la philoso-

⁸ A noter que la remise ne doit pas nécessairement être opérée par le vendeur; celui-ci peut par exemple instruire son fournisseur d'expédier directement la marchandise à l'acheteur, auquel cas la livraison au sens de l'art. 31 litt. a CV et le transfert des risques au sens de l'art. 67 al. 1 CV ont lieu au moment auquel le fournisseur remet la marchandise au transporteur pour transmission à l'acheteur. Cf. à ce propos HUBER, n. 32 à l'art. 31 CV.

⁹ Cf. GEIST, p. 350, *ad B.I.2*; POSCH, p. 169; AUDIT, p. 88; ROTH, p. 296; HAGER, n. 5 à l'art. 67 CV; le même, *Gefahrtragung*, pp. 391 ss; NICHOLAS, n. 2.2. à l'art. 67 CV; BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 214; HONNOLD, n. 369.1 à l'art. 67 CV; HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, pp. 166 s.; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 199; NEUMAYER/MING, n. 6 à l'art. 31 CV et n. 4 à l'art. 67 CV et les réf. citées n. 19 en bas de page; ZIEGLER U., p. 89; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 67 CV; PILTZ, *UN-Kaufrecht*, p. 55, ch. 213 *in fine*. A noter que l'indépendance du transporteur est également une exigence des INCOTERMS comparables à l'art. 67 CV (cf. *infra*, ch. 4.87 ss, 4.89 et 4.92). Pour un avis partiellement contraire, voir VON HOFFMANN, p. 287, analysé *infra*, ch. 4.7, ainsi que SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 80, qui a néanmoins révisé son approche *in* Internationales UN-Kaufrecht, p. 126, ch. 227: « Beförderer ist nach h.L. nur der unabhängige Beförderer; soweit und solange der Verkäufer durch eigene Leute befördern lässt, verbleibt ihm nach h.A. das Risiko ».

¹⁰ A noter que, selon SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 199, l'indépendance est encore réalisée lorsque le vendeur est une entité étatique et qu'il remet les marchandises à un transporteur qui est une autre entité étatique.

¹¹ Cf. VON HOFFMANN, p. 287. On retrouve une idée analogue chez SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 80 s.

phie de la Convention de Vienne¹², puisse être valablement exécutée en mains d'un service ou d'un employé du vendeur¹³, même si en définitive le transport ainsi offert peut être plus rapide ou meilleur marché.

Sauf convention contraire des parties autorisant le vendeur à confier le convoiage à son personnel aux risques de l'acheteur, le cas envisagé par VON HOFFMANN doit dès lors être considéré comme une inexécution par le vendeur de son obligation de remettre la marchandise à un transporteur indépendant, avec pour conséquence sur le plan du transfert des risques (a) que l'art. 67 CV ne s'applique pas¹⁴ et (b) que ce transfert n'aura lieu, au plus tôt, qu'au terme du convoiage exécuté par le vendeur¹⁵.

4.8 Ainsi que cela a été brièvement évoqué ci-dessus, le transfert des risques n'est en outre réglé par l'art. 67 CV que si le transporteur mis en œuvre est également indépendant de l'acheteur¹⁶.

En effet, si le «transporteur» qui achemine la marchandise de l'endroit où il la reçoit du vendeur jusqu'à l'acheteur appartient au personnel ou à l'organisation de celui-ci, l'acheteur acquiert en principe la possession de la marchandise au moment où le vendeur la remet au «transporteur». Avec pour conséquence que le vente initialement stipulée «à expédition» et soumise à l'art. 67 CV devient dans les faits un cas réglé par l'art. 69 al. 1 ou 2 CV¹⁷.

bb. Un transporteur indépendant mandaté par l'acheteur
ou par le vendeur

4.9 La convention des parties qui prévoit que la vente sera à *expédition* peut indifféremment mettre à la charge de l'acheteur ou du vendeur l'obligation de

¹² Cf. art. 30 CV et Message du Conseil fédéral, ch. 232.1. NEUMAYER/MING, n. 2 *in initio* à l'art. 31 CV. La livraison est du reste considérée – à juste titre – comme l'un des points clé des obligations du vendeur dans le développement de toute vente (internationale ou non); voir à ce propos THIEFFRY/GRANIER, p. 112 *in fine*.

¹³ Cf. Message du Conseil fédéral, ch. 232.21: «la remise au premier transporteur ne peut se faire que si la marchandise sort de la sphère d'influence du vendeur». Voir aussi SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 199: «the seller cannot hand over the goods within the same legal entity».

¹⁴ Cf. HONNOLD, n. 369.1 *in fine* à l'art. 67 CV.

¹⁵ Cf. HAGER, n. 5 *in fine* à l'art. 67 CV; NICHOLAS, n. 2.2 *in fine* à l'art. 67 CV. Le cas échéant, c'est l'art. 69 al. 2 CV qui s'applique.

¹⁶ Cf. dans le même sens NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 67 CV et BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215. Voir également Message du Conseil fédéral, p. 66.

¹⁷ Cf. *infra*, ch. 4.29, 4.36 et 4.150 ss.

mandater le transporteur indépendant, sans que la répartition du fardeau des risques selon l'art. 67 CV soit modifiée¹⁸.

4.10 Ainsi, si le contrat de vente implique transport des marchandises au sens de l'art. 67 CV, le fait que ce soit l'acheteur qui organise le transport de la marchandise conformément à la convention des parties ne saurait soumettre cette vente à l'art. 69 CV.

Inversement, si les parties sont convenues d'une vente soumise à l'art. 69 al. 1 ou 2 CV, aux termes de laquelle l'acheteur doit prendre livraison de la marchandise en un établissement du vendeur ou en un lieu particulier distinct de celui-ci, le fait que l'acheteur confie le transport à un convoyeur indépendant ne saurait en faire une *vente impliquant un transport des marchandises* soumise à l'art. 67 CV¹⁹.

Ce qui est donc déterminant pour qu'une vente soit soumise à l'art. 67 CV, c'est que la marchandise doit voyager, mais que ni l'acheteur ni le vendeur n'ont l'obligation d'en exécuter le convoyage. Si une vente *implique transport des marchandises* au sens des art. 31 litt. a et 67 CV, un transporteur mandaté par le vendeur n'en est donc pas l'auxiliaire au sens de l'art. 79 al. 2 CV. Cela implique également que le vendeur chargé de mandater un transporteur dans le cadre d'une vente à expédition soumise à l'art. 67 CV n'encourt en principe aucune responsabilité pour ce qui pourrait toucher la marchandise pendant son transport, sauf si la marchandise vient à être perdue ou détériorée en cours de convoyage parce qu'il a choisi un transporteur insuffisamment qualifié ou qu'il lui a donné des instructions incomplètes, notamment quant au maniement ou au stockage de la chose²⁰.

¹⁸ Dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 4 et 14 à l'art. 67 CV; BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 214, *ad b*, dernier paragraphe. Il s'agit manifestement là d'une structure largement répandue dans les ventes internationales à expédition, que l'on retrouve par exemple également dans les INCOTERMS: que ce soit l'acheteur (INCOTERMS «F» – FCA, FAS ou FOB) ou le vendeur (INCOTERMS «C» – CFR, CIF, CPT ou CIP) qui conclue à ses frais un contrat pour le transport de la marchandise, c'est dans tous les cas l'acheteur qui supporte les risques à compter du moment où, en termes généraux, la marchandise est remise par le vendeur au transporteur. Cf. également DERAIS, p. 131, ch. 5.

¹⁹ Cf. dans le même sens le commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, *in* Documents Officiels, p. 69, ch. 2 *in fine* et 8 du commentaire à l'art. 79 du projet de Convention (art. 67 actuel). Voir également SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 198 *in fine*, BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215 et *infra*, ch. 4.29 et 4.36.

²⁰ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 5 s. à l'art. 67 CV.

cc. *Quid* de la remise à un commissionnaire-expéditeur?

4.11 Comment la Convention de Vienne règle-t-elle le transfert des risques lorsque, dans une vente impliquant transport des marchandises, celles-ci sont remises par le vendeur à un commissionnaire-expéditeur? Le terme *transporteur* utilisé à l'art. 67 CV inclut-il ou non un tel commissionnaire-expéditeur?

4.12 En principe, un commissionnaire-expéditeur a pour seule tâche l'organisation d'un transport, dont il s'acquitte en principe en son propre nom pour le compte de son commettant²¹.

La loi ou le contrat applicable au commissionnaire-expéditeur peut néanmoins autoriser celui-ci à exécuter personnellement le transport sans devoir aviser son commettant de sa substitution²², auquel cas le commissionnaire peut donc, à son choix:

- décider de procéder personnellement au transport, à n'importe quel moment après la transmission de la marchandise et à l'insu de la partie pour le compte de laquelle il intervient,
- ou mettre en œuvre un voiturier.

4.13 Selon une doctrine presque unanime²³, le commissionnaire qui est autorisé à exécuter lui-même le transport sans avis de substitution, et qui peut dès lors, s'il le veut, procéder personnellement au convoi dès que la marchandise lui est remise, *doit être en tous points assimilé au transporteur visé à l'art. 67 CV*. Dans ces cas, le commissionnaire réunit en effet «*en sa personne les deux fonctions*» de voiturier et de commissionnaire²⁴. Avec pour conséquence que la remise de la marchandise à un tel commissionnaire-expé-

²¹ Cf. par exemple art. 439 CO. Il agit donc en représentation indirecte de son commettant. Voir à ce propos NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 67 CV et SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 278.

²² Cf. par exemple art. 436 al. 1 CO, applicable par le renvoi de l'art. 439 CO; voir à ce propos NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 67 CV et les réf. citées, notamment LINDACHER, p. 170 *ad* n. 9 en bas de page; voir aussi SCHÖNLE, Mélanges Tandogan, p. 278.

²³ Cf. notamment NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 67 CV et les réf. citées; HONNOLD, n. 369.1 à l'art. 67 CV; le même *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 167, ch. 2; HAGER, n. 5 à l'art. 67 CV et les réf. citées; le même, *in*: SCHLECHTRIEM Commentary, n. 5 à l'art. 67 CV; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, p. 87, *ad* n. 348b en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 67 CV; LINDACHER, p. 170 *ad* n. 9 en bas de page; GEIST, p. 350, ch. 2; ZIEGLER U., p. 89; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, pp. 126 s., ch. 227. Avis contraire chez SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 à l'art. 67 CV.

²⁴ Cf. NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 67 CV.

diteur doit équivaloir à une «*remise au premier transporteur*» et opère le transfert des risques conformément à l'art. 67 CV, indépendamment de la solution finalement choisie par le commissionnaire.

A noter que l'approche opposée²⁵, selon laquelle le transfert des risques devrait être aligné sur le moment auquel le commissionnaire confie le transport à un voiturier ou décide de l'effectuer lui-même, imposerait un contrôle supplémentaire de l'état de la marchandise avant le début du voyage, en l'absence duquel il sera difficile, voire impossible de déterminer si une avarie constatée à l'arrivée est due à un événement survenu avant ou après la décision du commissionnaire, c'est-à-dire avant ou après le moment du transfert des risques.

La solution majoritaire doit être approuvée, non seulement pour les raisons pratiques évoquées ci-dessus, mais également parce qu'elle s'aligne sur ce qui semble être la définition large du transporteur consacrée par la pratique du commerce international: «*toute personne qui, aux termes d'un contrat de transport, s'engage à effectuer ou à faire effectuer un transport par rail, route, mer, air, voies navigables intérieures ou une combinaison de ces divers modes de transport*»²⁶.

4.14 Si le commissionnaire-expéditeur n'est pas autorisé à se substituer dans l'exécution du transport, ou s'il ne peut le faire qu'à la condition d'en avoir avisé son commettant, certains auteurs estiment qu'il ne se justifie plus d'assimiler un tel commissionnaire au «*premier transporteur*» au sens de l'art. 67 CV²⁷. Avec pour conséquence que la remise de la marchandise à ce type de commissionnaire-expéditeur ne devrait en principe pas encore opérer le transfert des risques, lequel ne devrait avoir lieu, conformément à la lettre de l'art. 67 CV, qu'au moment de la remise de la marchandise au transporteur mandaté par le commissionnaire, ou lors de l'expédition de l'avis de substitution au commettant.

Cette solution est néanmoins contestée par d'autres auteurs, qui estiment qu'elle soumet le transfert des risques à des considérations propres au seul contrat du commissionnaire-expéditeur (et donc étrangères à la vente) et

²⁵ Cf. notamment SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 à l'art. 67 CV.

²⁶ Définition du transporteur selon les termes FCA ou CPT, cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 51 et 91.

²⁷ Cf. NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 67 CV, *ad* n. 15 et 16 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 67 CV et les réf. citées; LINDACHER, p. 170; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 199 *in fine*; PILTZ, UN-Kaufrecht, p. 55, ch. 213; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 à l'art. 67 CV, qui est opposé à toute assimilation transporteur/commissionnaire.

que, d'une façon générale, la remise de la marchandise à tout entrepreneur indépendant chargé de la remettre ou de la faire remettre à l'acheteur devrait suffire à opérer le transfert des risques au sens de l'art. 67 CV²⁸.

4.15 Selon l'opinion défendue ici, on doit pouvoir opérer la distinction suivante.

Tout d'abord, il n'existe aucune raison de traiter différemment le commissionnaire qui est autorisé à se substituer dans l'exécution du transport sans autre formalité et celui qui ne peut le faire qu'à la condition d'en avoir avisé son commettant. Dans un cas comme dans l'autre, le commissionnaire-expéditeur peut décider seul de devenir le premier transporteur, dans les deux cas il peut donc à tout moment réunir en sa personne les deux fonctions de voiturier et d'expéditeur; le fait qu'il doive dans un des cas envoyer au vendeur un avis à ce propos n'y change concrètement rien²⁹. Dès lors, si le commissionnaire est en tous points assimilable à un transporteur dans le premier cas, il doit également l'être dans le second³⁰.

Il convient ensuite d'examiner séparément le cas du commissionnaire-expéditeur qui n'est pas autorisé à se substituer dans l'exécution du transport. Vu la différence objective entre ce cas et celui du commissionnaire autorisé à se substituer dans l'exécution du transport, une différence de régime juridique peut en principe être justifiée. L'avis de ceux qui, également dans ce cas, assimilent le commissionnaire-expéditeur au transporteur semble néanmoins préférable; comme on l'a vu, cette approche est conforme à la pratique du commerce international, qui consacre elle-même une définition large du transporteur, incluant tout à la fois les personnes qui *effectuent* et celles qui

²⁸ Cf. HERBER, n. 29 à l'art. 31 CV; HAGER, n. 5 *in fine* à l'art. 67 CV; le même, *in*: SCHLECHTRIEM Commentary, n. 5 à l'art. 67 CV. A noter que HAGER, sans pourtant expliquer son revirement, était d'un avis contraire dans la première édition du commentaire von CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, n. 5 *in initio* à l'art. 67 CV. Voir aussi HONNOLD, n. 369.1 à l'art. 67 CV, ainsi que *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 167, ch. 2; ZHENG, p. 101.

²⁹ On peut du reste se demander ce qui se passe si le commissionnaire n'envoie pas d'avis mais se substitue quand même dans l'exécution du transport. Il paraîtrait inconcevable dans ce cas que la marchandise, pourtant convoyée par un voiturier indépendant auquel elle a été remise conformément au contrat pour transmission à l'acheteur, voyage néanmoins aux risques du vendeur. C'est une indication supplémentaire que l'expédition de l'avis de substitution ne doit jouer aucun rôle en matière de transfert des risques.

³⁰ A cela s'ajoute un argument purement pratique et déjà évoqué: si le transfert des risques intervient lorsque le commissionnaire expédie au vendeur l'avis de substitution, il aura lieu à un moment auquel l'état de la marchandise ne fera généralement plus l'objet d'aucun contrôle, ce qui ne manquera pas de poser des problèmes si, au terme du transport, la marchandise est incomplète ou défectueuse.

font effectuer un transport. En outre, sur le plan de la preuve de l'état de la marchandise au moment du transfert des risques, cette solution offre des avantages pratiques non négligeables.

4.16 Il résulte de ce qui précède que le transporteur dont il est question aux art. 31 litt. a et 67 al. 1 CV doit être compris dans un sens large incluant le commissionnaire-expéditeur, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que ce dernier a ou non la faculté d'entreprendre lui-même le transport³¹.

On peut souligner, en tant que de besoin, que cette interprétation est conforme à la directive de l'art. 7 CV. Tout d'abord, elle s'inspire de la pratique du commerce international³². Elle règle en outre de façon uniforme le régime du transfert des risques en cas de remise des marchandises à un commissionnaire-expéditeur, et contribue ainsi à éviter le développement d'éventuelles pratiques divergentes déduites des différents droits nationaux applicables aux rapports entre commissionnaire et commettant.

3. *Individualisation des marchandises déterminées par leur genre*

aa. En général

4.17 Selon l'art. 67 al. 2 CV, «*les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été clairement identifiées aux fins du contrat (...)*»³³.

La construction et son but sont classiques: l'acheteur auquel le paiement du prix est réclamé au titre du transfert des risques doit être protégé contre tout éventuel abus de la part du vendeur. Il n'est en effet pas impensable que celui-ci cherche à obtenir le prix d'une cargaison fortuitement détruite de l'acheteur le plus solvable, et non de celui auquel la marchandise était effectivement destinée³⁴.

Il est donc nécessaire que le vendeur puisse rapporter la preuve que la marchandise fortuitement détériorée ou perdue était bien destinée à l'acheteur auquel le prix est demandé.

³¹ Cf. HUBER, *RabelsZ*, p. 455.

³² Cf. *supra*, ch. 4.13 et 4.15 ainsi que la définition du transporteur selon les termes FCA ou CPT, *GUIDE DES INCOTERMS*, p. 51 et 91.

³³ Cf. dans le même sens la règle de l'art. 32 al. 1 CV.

³⁴ Cf. NICHOLAS, n. 2.7 à l'art. 67 CV; NEUMAYER/MING, n. 10 à l'art. 67 CV; HONNOLD, n. 371 à l'art. 67 CV.

4.18 L'énumération des moyens d'individualisation à l'art. 67 al. 2 CV n'est pas exhaustive, ce que soulignent bien les termes «*ou par tout autre moyen*»³⁵.

4.19 Le transfert des risques n'a lieu selon l'art. 67 CV qu'au moment où sont *cumulativement* réalisées les conditions de remise au transporteur selon l'alinéa premier et d'individualisation selon l'alinéa second.

Dès lors, si l'individualisation intervient après la remise au premier transporteur, le transfert des risques n'aura lieu qu'au moment de cette spécification³⁶.

L'individualisation postérieure à l'expédition n'opère donc pas un transfert des risques rétroagissant au moment de l'expédition³⁷. Dans ces cas, c'est le moment de l'individualisation qui devient déterminant pour le transfert des risques. Par exemple, si les marchandises sont déjà remises au transporteur et que le vendeur ne peut pratiquement plus les individualiser que par un avis à l'acheteur, c'est alors l'expédition de cet avis³⁸ – qui doit désigner avec précision les marchandises qui lui sont destinées afin d'éviter tout risque d'abus – qui opère le transfert des risques à l'acheteur.

4.20 On notera enfin – et c'est important dans l'optique de la comparaison qui sera faite avec le Code des obligations – que le régime du transfert des risques dans les ventes impliquant transport des marchandises n'est *a priori* pas différent pour les corps certains et pour les choses de genre individualisées.

³⁵ BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215, ch. 3; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 201. Sur les moyens d'individualisation, cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 22 s. à l'art. 67 CV.

³⁶ A noter que si l'acheteur doit prêter son concours à l'individualisation et qu'il est en demeure dans l'accomplissement des actes attendus de lui, les risques ne lui sont pas transférés de façon anticipée. Cf. *supra*, ch. 2.247 et les réf. citées.

³⁷ HAGER, n. 10 à l'art. 67 CV; le même, *Gefahrtragung*, pp. 394 ss; NEUMAYER/MING, n. 10 à l'art. 67 CV; GEIST, p. 351, ch. 4, *ad* n. 14 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 10 à l'art. 67 CV; VON HOFFMANN, p. 291. ZHENG, p. 103. Cela est du reste conforme à la conjonction «*..tant que...*» (art. 67 al. 2 CV). Voir également Documents Officiels, p. 70, ch. 11 s. et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 23 *in fine* à l'art. 67 CV.

³⁸ Et non sa réception par l'acheteur: cf. à ce propos l'art. 27 CV, ainsi que Documents Officiels, pp. 425 s., ch. 50 ss. Dans le même sens, NICHOLAS, n. 2.7 *in fine* à l'art. 67 CV; NEUMAYER/MING, n. 10 *in fine* à l'art. 67 CV; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 127, ch. 228.

bb. Le cas particulier du transport en vrac ou groupé

4.21 Lorsque des choses de genre ou fongibles destinées à plusieurs acheteurs différents sont transportées en vrac ou de façon groupée, sans aucune désignation de leur destinataire, le transfert des risques n'interviendra à l'égard de chaque acheteur qu'au moment où les quantités ou pièces qui lui reviennent seront séparées des autres et clairement attribuées à l'exécution de son contrat³⁹.

En particulier, l'expédition aux différents acheteurs concernés d'un avis les informant d'un transport groupé incluant la part leur revenant ne constitue pas une individualisation au sens de l'art. 67 al. 2 CV⁴⁰.

4.22 Il est néanmoins admis par certains des auteurs qui viennent d'être cités que si la cargaison, convoyée en vrac par un voiturier indépendant, vient à être *intégralement* détériorée ou perdue par cas fortuit après sa remise au transporteur, les risques de la chose et du prix doivent être supportés par tous les acheteurs⁴¹. Chaque acheteur devrait donc au vendeur, au titre du transfert des risques, l'intégralité du prix convenu.

Cette construction, du reste peu ou pas étayée⁴², revient à admettre, contrairement à la lettre claire de l'art. 67 al. 2 CV, qu'il peut y avoir transfert des risques avant qu'il y ait eu individualisation de la part destinée à chaque acquéreur. Selon l'opinion soutenue ici, elle ne doit dès lors pas être retenue. En l'absence d'individualisation ou de convention des parties prévoyant expressément le transfert des risques avant l'individualisation, l'avarie ou la perte fortuites *intégrales* d'une cargaison transportée en vrac ne surviennent donc pas aux risques des acheteurs. Chacun d'eux, dans la me-

³⁹ Cf. art. 67 al. 2 CV *a contrario*. Voir aussi HERBER/CZERWENKA, n. 9 à l'art. 67 CV; GEIST, p. 351, ch. 4 et les réf. citées n. 15 en bas de page; SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 202 *in initio*; NEUMAYER/MING, n. 12 à l'art. 67 CV et les réf. citées n. 41 en bas de page; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 81; HONNOLD, n. 371, litt. a à l'art. 67 CV; SCHÖNLE, n. 116 à l'art. 185 CO.

⁴⁰ Dans le même sens SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 24 *in initio* à l'art. 67 CV; avis contraire chez HAGER, n. 10a à l'art. 67 CV et chez BERNSTEIN/LOOKOFOSKY, p. 77, n. 27 en bas de page.

⁴¹ GEIST, p. 351, ch. 4 *in fine* et les réf. citées n. 16 en bas de page; SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 202 *in initio*. L'opinion de NEUMAYER/MING à ce propos n'est pas claire: voir n. 42 en bas de page *ad* n. 12 à l'art. 67 CV.

⁴² On trouve chez SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 201, une ébauche de justification: si une cargaison en vrac destinée à plusieurs acheteurs est intégralement perdue ou altérée par cas fortuit en cours de transport, il est établi avec certitude que la part de chaque acheteur a été intégralement touchée. Avec pour conséquence logique, dit-il, que, malgré l'absence d'individualisation, il ne devrait pas être difficile de mettre les risques de l'opération à la charge de tous les acheteurs.

sure où il ne reçoit pas ou qu'incomplètement ce qui lui est dû, conserve donc une action en exécution au sens de l'art. 46 al. 1 CV, à laquelle s'ajoute le cas échéant la possibilité de résoudre le contrat si l'inexécution du contrat constitue une contravention essentielle⁴³.

4.23 Les avis divergent également lorsque l'avarie ou la perte de la cargaison en vrac n'est que *partielle*.

Une minorité d'auteurs propose de répartir proportionnellement le risque du prix entre tous les acheteurs⁴⁴: si la cargaison totale était amputée, par exemple, de 30%, l'idée serait donc de livrer à chaque acheteur une part réduite dans la même proportion, tout en lui faisant payer le plein prix convenu.

A nouveau, cette construction est contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de l'art. 67 al. 2 CV: à noter que SEVON lui-même reconnaît qu'il n'y a ici aucun élément qui permette, en l'absence d'une individualisation claire de la part revenant à chaque acheteur, d'établir avec certitude que la marchandise qui a été fortuitement touchée était destinée à un acquéreur particulier⁴⁵.

Rien n'autorise donc cette solution, préjudiciable aux intérêts de chaque acheteur et fondée sur une notion de «*societas periculi*»⁴⁶ *a priori* étrangère à la Convention de Vienne. Ainsi que le souligne HONNOLD, cette construction n'est acceptable que lorsqu'elle résulte expressément des contrats conclus avec les différents acheteurs⁴⁷.

⁴³ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 24 à l'art. 67 CV.

⁴⁴ Cf. HAGER, n. 10a à l'art. 67 CV et les réf. citées n. 35 en bas de page; BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 77, n. 27 en bas de page. ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 13.2 à l'art. 67 CV. Voir également les quelques références citées chez NEUMAYER/MING, n. 12 à l'art. 67 CV, ad n. 42 en bas de page.

⁴⁵ Cf. SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 201-202.

⁴⁶ Cf. NEUMAYER/MING, même réf. Voir aussi HAGER, n. 10a à l'art. 67 CV, qui parle à ce propos de «Gefahrengemeinschaft».

⁴⁷ Cf. HONNOLD, n. 371 *in fine* à l'art. 67 CV. A ce propos, sauf circonstances, négociations ou habitudes particulières (cf. art. 8 CV), le fait que chacun des acheteurs ait accepté le principe du transport groupé ou en vrac ne paraît pas *a priori* pouvoir être interprété (cf. art. 8 CV) comme une acceptation implicite d'une *societas periculi* (cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 24 à l'art. 67 CV, qui soutient du reste la même idée en droit suisse, n. 90 *in fine* à l'art. 185 CO). Voir également *infra*, ch. 4.70 ss, ainsi que, dans un sens apparemment analogue, le Message du Conseil fédéral, pp. 66 s.

Il convient donc d'admettre, avec la majorité des auteurs⁴⁸, qu'en l'absence d'individualisation ou de convention contraire, l'avarie ou la perte fortuites *partielles* d'une cargaison transportée en vrac ne surviennent pas aux risques des acheteurs. Chacun d'eux, dans la mesure où il ne reçoit pas ou qu'incomplètement ce qui lui est dû, conserve donc une action en exécution au sens de l'art. 46 al. 1 CV, à laquelle s'ajoute le cas échéant la possibilité de résoudre le contrat si l'inexécution du contrat constitue une contravention essentielle.

4. *Les documents représentatifs des marchandises*

4.24 L'art. 67 al. 1 CV, 3e phrase, est clair sur ce point: le transfert des risques est totalement indépendant du sort des documents représentant les marchandises. Cela confirme en tant que de besoin que la réglementation du transfert des risques dans la Convention de Vienne est indépendante de la propriété des marchandises vendues⁴⁹.

La question des documents, de leur conservation et de leur transfert s'inscrit donc dans le cadre plus large des questions relatives à la propriété des marchandises, aux droits découlant du contrat de transport et au paiement⁵⁰. Elle est en principe étrangère à la problématique du transfert des risques, sauf si l'individualisation des marchandises au sens des art. 67 al. 2 et 32 al. 1 CV doit être faite au moyen des documents de transport⁵¹.

c. Considérations propres à l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase

4.25 Selon l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase, lorsque les marchandises ne doivent pas être remises en un lieu particulier, le transfert des risques a lieu au

⁴⁸ Cf. notamment SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 25 à l'art. 67 CV; NEUMAYER/MING, n. 12 à l'art. 67 CV; HONNOLD, n. 371, litt. a, à l'art. 67 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 9 à l'art. 67 CV; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 201 s.; AUDIT, p. 88, avant-dernier paragraphe.

⁴⁹ Cf. art. 4 CV. Voir également SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 194; SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 126, ch. 226; le même, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 80; HONNOLD, *in* GALSTON/SMIT, p. 8-11.

⁵⁰ Cf. Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, *in* Documents Officiels, p. 70, ch. 9 s. à l'art. 79 du projet (art. 67 actuel); HONNOLD, ch. 370 à l'art. 67 CV; AUDIT, ch. 90 *in fine*.

⁵¹ Cf. HERBER/CZERWENKA, n. 10 à l'art. 67 CV et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 26 à l'art. 67 CV, qui précise encore à raison que seule la remise des marchandises au transporteur selon l'art. 67 al. 1 CV, 1ère ou 2e phrase, peut faire passer les risques, et non la remise des documents à l'acheteur.

moment auquel la marchandise est remise au premier transporteur (indépendant) pour transmission à l'acheteur «*conformément au contrat*».

C'est exclusivement la *remise* de la marchandise au premier transporteur indépendant qui doit être *conforme au contrat*, et non la marchandise elle-même⁵². Par ces termes, la Convention de Vienne souligne donc simplement que l'acheteur ne peut avoir les risques d'une expédition par les soins d'un tiers transporteur que si le *principe* de cette expédition a été contractuellement autorisé⁵³. A défaut, le transfert des risques est réglé selon l'art. 69 CV.

Les termes *conformément au contrat* ne concernent que le *principe* et non les modalités de détail de l'expédition. Ainsi, si les parties sont convenues d'une vente impliquant transport des marchandise dans laquelle la marchandise doit être remise à l'entreprise officielle de chemin de fer du domicile du vendeur, le fait que celui-ci, par erreur ou par commodité, confie l'acheminement à un transporteur routier ne doit en principe pas retarder le transfert des risques, qui intervient lors de la remise de la marchandise au transporteur routier en tant qu'il est le «*premier transporteur*» au sens de l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase⁵⁴. Cela étant, si l'inobservation par le vendeur d'une modalité de transport constitue une contravention essentielle au contrat, l'acheteur conserve la faculté de résoudre le contrat, ce qui lui permet, en cas de perte ou de détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques, de se soustraire à son obligation de payer le prix selon les art. 66 et 67 CV. En outre, si, après le moment du transfert des risques, la marchandise vient à être détériorée ou perdue *parce que* le vendeur ne s'est pas conformé à l'une ou l'autre des directives qu'il a reçues pour l'exécution du transport, l'acheteur est libéré de son obligation de payer le prix; dans ce cas, il est sans pertinence que l'inobservation d'une modalité particulière du transport constitue ou non une contravention essentielle au contrat: la responsabilité qu'encourt le vendeur selon l'art. 45 CV empêche en effet le transfert du risque de la prestation et, partant, celui du risque du prix.

4.26 Selon certains auteurs, qui se fondent essentiellement et sans autre précision sur l'ancienne Convention de La Haye de 1964, l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase, ne viserait pas le voiturier (indépendant) qui assure un premier

⁵² Cf. également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 19 à l'art. 67 CV; HAGER, n. 5a à l'art. 67 CV, n. 8 à l'art. 69 CV et Documents Officiels, pp. 227 s; NICHOLAS, n. 1.4 à l'art. 67 CV; GEIST, p. 351, ch. 3, 1er paragraphe. Cf. également *supra*, ch. 3.53, la livraison d'une marchandise non conforme n'est pas un obstacle au transfert des risques.

⁵³ Cf. Documents Officiels, pp. 227 s., ch. 61 et 64.

⁵⁴ Cf. dans le même sens, GEIST, p. 351, ch. 3, 1er paragraphe *in fine*

convoyage local entre le domicile du vendeur et le *premier* transporteur «*interlocal*»⁵⁵, par exemple celui qui achemine la marchandise des entrepôts du vendeur jusqu'à la gare.

Cette interprétation de l'art. 67 CV paraît contestable pour quatre raisons au moins.

4.27 Tout d'abord, elle n'est *a priori* pas autorisée par le texte clair de la norme⁵⁶. Le premier voiturier indépendant qui reçoit la marchandise au début de la «chaîne» de convoyage à destination de l'acheteur doit en effet être considéré comme le *premier transporteur* au sens de l'art. 67 al. 1 CV *in initio*, quel que soit le rayon de son intervention. L'art. 67 CV n'introduit en effet aucune restriction ou précision d'ordre géographique.

Ensuite, l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, paraît consacrer de façon générale le principe du transfert des risques lorsque le vendeur perd la maîtrise de la marchandise, ce qui est bien le cas lorsqu'il la remet au premier transporteur indépendant, qu'il soit local ou non.

En outre, la notion même de transport local est indéterminée. En effet, selon quel critère un transport sera-t-il ou non considéré comme local? La distance à couvrir? Le fait que le convoyage en question doive être effectué sur le territoire d'une seule commune politique? En l'absence d'une définition précise, cette interprétation est donc susceptible de favoriser toutes sortes d'argumentations et de solutions, ce qui (a) paraît contraire à l'objectif d'uniformité poursuivi par l'art. 7 al. 1 CV et (b) peut être source d'une incertitude peu heureuse s'agissant de la fixation du moment du transfert des risques.

Enfin, sur le plan purement pratique, il faut bien voir que, si le transfert des risques n'a lieu qu'au moment du passage de la marchandise du transporteur local au «premier» transporteur *interlocal*, il s'imposera de procéder à un nouvel examen de l'état de la marchandise, ce qui ne sera pas nécessairement chose aisée.

4.28 Pour ces motifs, les risques doivent être transférés à l'acheteur lorsque la marchandise est remise au premier transporteur indépendant, quel qu'il

⁵⁵ Cf. VON HOFFMANN, p. 286; NEUMAYER/MING, n. 5 *in fine* à l'art. 67 CV et les réf. citées n. 28 en bas de page; NEUMAYER, contribution orale à la discussion relative au transfert des risques, *in*: DORALT, p. 194; SCHMUTZ, p. 113. Opinion apparemment analogue chez DE VRIES, p. 506 *in initio*.

⁵⁶ A noter que, au-delà du texte clair, les travaux de la Conférence diplomatique ne fournissent aucun élément dont on pourrait déduire une quelconque volonté de laisser au vendeur les risques d'un transport «local»; cf. notamment Documents Officiels, p. 69.

soit et quelque limitée que puisse être son intervention⁵⁷. C'est clairement l'idée exprimée par l'art. 67 al. 1 CV⁵⁸. Si les parties souhaitent consacrer une solution différente, inspirée de celle présentée ci-dessus⁵⁹, il ne tient qu'à elles de le prévoir et de régler en conséquence toutes les modalités d'exécution que cela implique, en particulier le contrôle de l'état de la marchandise au moment qu'elles auront choisi pour le transfert des risques.

C'est l'endroit de souligner qu'à teneur des art. 31 litt. a CV et 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, si les parties ne sont convenues d'aucun lieu particulier pour cette remise au premier transporteur, celle-ci peut en principe avoir lieu n'importe où avant le lieu de destination, et le transfert des risques qui y est associé interviendra à ce moment-là⁶⁰.

4.29 A noter que la vente n'est pas soumise à l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, au motif qu'elle n'implique pas transport des marchandises, lorsque le contrat prévoit que la marchandise doit être remise à l'acheteur au domicile ou à l'établissement du vendeur, et cela même si l'acheminement de la marchandise à partir de là doit être assuré par un voiturier indépendant mandaté par l'acheteur⁶¹. Il s'agit alors d'une vente soumise à la clause résiduelle de l'art. 69 al. 1 CV⁶².

⁵⁷ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 19 à l'art. 67 CV; HONNOLD, n. 369.2 *in fine* à l'art. 67 CV; le même *in* GALSTON/SMIT, p. 8-11; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 200 *in initio*; BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 76. HAGER, n. 4 à l'art. 67 CV, qui souligne en outre que cette solution dispense d'effectuer des contrôles ultérieurs de la marchandise; AUDIT, p. 88. Voir également les autres références citées par NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 67 CV, sous note 28 en bas de page, *in fine*.

⁵⁸ Cette idée est du reste conforme à la tendance qui semble se dessiner actuellement dans le commerce international, selon laquelle le moment du transfert des risques doit autant que possible coïncider avec la remise au premier transporteur. Voir à ce propos HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 166 *in initio*.

⁵⁹ Cf. *supra*, ch. 4.26.

⁶⁰ Selon le Code des obligations, lorsque les parties ne conviennent d'aucun lieu d'exécution particulier, la remise au transporteur indépendant doit avoir lieu au domicile ou à l'établissement du vendeur, si la vente porte sur une chose de genre (art. 74 al. 2, ch. 3 CO), ou au lieu auquel se trouvait la marchandise lors de la conclusion du contrat, si la vente porte sur un corps certain (art. 74 al. 2, ch. 2 CO). Cf. *infra*, ch. 4.49.

⁶¹ Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, *in* Documents Officiels, p. 69, ch. 2 à l'art. 79 du projet (art. 67 actuel). Cf. également SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 198 *in fine*.

⁶² Cf. *infra*, ch. 4.152 ss. Si dans les faits, ce transport est néanmoins organisé par le vendeur, il ne paraît pas exclu d'appliquer l'art. 67 CV dans ce cas, dans la mesure où il s'agit alors bien d'un cas dans lequel le vendeur se charge d'expédier la marchandise. Cf. dans le même sens SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 199 *in initio*.

Dans le même ordre d'idées, c'est également l'art. 69 al. 1 CV qui doit s'appliquer et non l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase, lorsque, dans les faits, malgré la stipulation contractuelle d'une vente impliquant transport de la marchandise, c'est l'acheteur ou son personnel qui vient prendre livraison de la marchandise à l'établissement du vendeur. En effet, quel que soit le régime contractuellement convenu, la Convention de Vienne consacre, semble-t-il, le principe général⁶³ que les risques passent de toutes les façons à l'acheteur au plus tard lorsqu'il prend possession de la marchandise⁶⁴.

Enfin, lorsque le vendeur, malgré la stipulation contractuelle d'une vente impliquant transport de la marchandise, transporte lui-même la marchandise jusqu'au lieu de destination et l'y remet à l'acheteur, à son représentant ou à son personnel, ce n'est pas l'art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase qui s'applique mais l'art. 69 al. 2 CV⁶⁵.

d. Considérations propres à l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase

4.30 L'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, vise les contrats impliquant transport des marchandises au sens déjà défini, dans lesquels, cependant, le vendeur est tenu de remettre les marchandises à un transporteur indépendant *en un lieu particulier*, à partir duquel elles seront acheminées à l'acheteur⁶⁶.

A la différence du cas visé aux art. 31 litt. a et 67 al. 1 CV, 1ère phrase, le vendeur est donc tenu dans ce cas d'exécuter son obligation de livraison en un *lieu d'exécution* particulier, contractuellement défini et distinct de l'établissement du vendeur ou du lieu où la marchandise était entreposée lors de la conclusion du contrat⁶⁷.

Selon l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, les risques ne sont transférés à l'acheteur que lorsque la marchandise, le cas échéant individualisée, *est remise à un transporteur indépendant en ce lieu d'exécution particulier* en vue de son acheminement à l'acheteur⁶⁸.

Cela appelle quelques précisions.

⁶³ Cf. art. 7 CV.

⁶⁴ Dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 29 à l'art. 67 CV.

⁶⁵ Cf. *infra*, ch. 4.179 ss.

⁶⁶ Cf. Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, ch. 4 et 6 du commentaire de l'art. 79 du projet (actuel art. 67), *in* Documents Officiels, p. 69.

⁶⁷ Cf. art. 31 CV 1ère phrase *a contrario* et notamment HUBER, n. 74 à l'art. 31 CV. Bien évidemment, ce lieu d'exécution particulier doit aussi être distinct du lieu de destination de la marchandise, à défaut de quoi ce serait un cas soumis à l'art. 69 al. 2 CV; cf. *infra*, ch. 4.179 ss, **4.182**.

⁶⁸ Cf. dans le même sens HUBER, n. 81 à l'art. 31 CV. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht* p. 126, ch. 225.

4.31 L'acheminement de la marchandise jusqu'au lieu d'exécution particulier étant une obligation du vendeur — selon l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, c'est lui qui doit remettre la marchandise au transporteur en ce lieu —, il est indifférent que cet acheminement soit exécuté par le vendeur, son personnel ou un transporteur indépendant⁶⁹. Que le transport soit confié à un indépendant ou à un membre du personnel du vendeur, l'exécutant sera de toute façon considéré comme un auxiliaire du vendeur exécutant une obligation contractuelle qui incombe à celui-ci⁷⁰.

Le vendeur répond donc de l'exécution de ce premier convoi jusqu'au lieu d'exécution particulier, quelle que soit la personne qui s'en charge. Cela signifie que toute perte ou détérioration de la marchandise, même fortuites, survenant avant la remise de la marchandise au transporteur indépendant au lieu particulier expressément convenu constituera une inexécution par le vendeur de son obligation de livraison, dont il devra répondre selon les art. 66 CV *a contrario*, 45 CV ss et 79 al. 1, 2 et 5 CV⁷¹.

4.32 L'état de fait de base visé par l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, est celui dans lequel deux transports se succèdent:: un premier, effectué par le vendeur lui-même ou un transporteur indépendant ou non, qui apporte la marchandise au lieu convenu pour l'expédition, puis un second, nécessairement effectué par un transporteur indépendant, qui emporte la marchandise de ce lieu à destination de l'acheteur. Dans ce cas, les risques sont transférés lors de la *remise* de la marchandise au second transporteur, c'est-à-dire lors du transfert de possession⁷².

Si, à partir du lieu d'expédition particulier dont les parties sont convenues, *plusieurs* transporteurs successifs doivent intervenir, l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, commande que les risques passent à l'acheteur lorsque la marchandise est remise en ce lieu au *premier* transporteur indépendant de cette «chaîne».

4.33 Si la marchandise quitte le lieu d'expédition à destination de l'acheteur sans avoir été remise à un transporteur indépendant, il n'y a pas transfert des

⁶⁹ Cf. Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, Documents Officiels, p. 69, ch. 6 du commentaire à l'art. 79 du projet (art. 67 actuel); HAGER, n. 7 à l'art. 67 CV; NICHOLAS, n. 2.3 s. à l'art. 67 CV; HUBER, n. 81 à l'art. 31 CV et les réf. citées; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 126, ch. 225.

⁷⁰ Cf. art. 79 al. 2 CV et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 9 et 20 à l'art. 67 CV.

⁷¹ Cf. notamment SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 9 à l'art. 67 CV et HUBER, n. 81 à l'art. 31 CV.

⁷² Pour le cas où la marchandise est déjà en possession du transporteur indépendant avant de parvenir au lieu particulier, cf. *infra*, ch. 4.39.

risques⁷³. Celui-ci n'interviendra qu'au moment où, au cours de la seconde partie du convoiement, la possession de la marchandise sera enfin transférée à un convoiement indépendant, avec les problèmes de preuve qu'une telle solution peut entraîner concernant l'état de la marchandise au moment du transfert des risques.

4.34 L'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, doit aussi s'appliquer aux cas dans lesquels les parties ne définissent pas un lieu d'expédition particulier — par exemple le port de Toulon ou celui de Marseille — mais une région d'expédition — par exemple les ports français de la Mer Méditerranée.

En effet, dans ces cas également, il incombe au vendeur de remettre la marchandise à un transporteur indépendant dans l'un de ces endroits, distincts de son établissement ou du lieu où se trouvait la marchandise avant tout transport. Le fait que le vendeur ait le choix entre plusieurs lieux d'expédition ne change rien au fait qu'il a contractuellement la charge d'apporter la marchandise vendue à l'un ou l'autre de ces endroits⁷⁴.

4.35 GEIST évoque le cas de la marchandise qui serait remise au transporteur en un lieu autre que celui déterminé par le contrat⁷⁵. Bien qu'à teneur de l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, il ne doive pas y avoir transfert des risques dans ce cas, GEIST est d'avis que, si la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée après cette remise sans qu'il y ait de rapport entre cet événement et l'expédition à partir du «*mauvais endroit*», le vendeur ne doit en principe pas perdre le droit de réclamer à l'acheteur le prix convenu. GEIST fonde son approche sur le but généralement poursuivi par les conventions prévoyant un lieu particulier d'expédition, sans préciser toutefois en quoi consiste ce but ni en quoi il commande ou justifie la solution qu'il propose.

A priori, dans le silence des documents préparatoires et en l'absence de plus amples précisions chez GEIST lui-même, il paraît difficile de retenir cette construction manifestement contraire au texte de la Convention de Vienne. Si le vendeur expédie la marchandise d'un endroit autre que celui contractuellement arrêté, il n'y a en principe pas transfert des risques: en effet, selon l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase *in fine*, «*les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été remises au transporteur*

⁷³ Art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, *a contrario*.

⁷⁴ Cf. HAGER, n. 6 à l'art. 67 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 67 CV. Voir néanmoins les doutes de DE VRIES, p. 503. Avis clairement contraire chez VON HOFFMANN, pp. 288 *in fine* et 289.

⁷⁵ GEIST, p. 351, ch. 3, 2e paragraphe.

en ce lieu». Ainsi, malgré la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise après sa remise au transporteur au «mauvais» endroit, l'acheteur conserve la faculté d'agir contre le vendeur selon les art. 45 CV ss et peut corrélativement s'opposer à toute éventuelle action en paiement du prix jusqu'à exécution parfaite du contrat: le vendeur a en effet commis une contravention au contrat en ne livrant pas au convoyeur au lieu convenu.

Cela étant, des exceptions à cette faculté de l'acheteur doivent pouvoir être envisagées en considération de l'interrogation suivante: l'acheteur a-t-il un intérêt particulier à l'expédition à partir du lieu d'exécution convenu?

Si tel n'est pas le cas, ce que le vendeur doit prouver, s'il est par exemple établi que l'acheteur au Caire n'attachait aucune importance particulière au fait que la marchandise qui lui est expédiée partît de Nice et non de Marseille comme convenu, l'attitude ultérieure de l'acheteur qui, une fois la marchandise fortuitement⁷⁶ perdue ou détériorée au cours du transport, persiste à se prévaloir de l'erreur dans l'expédition pour se soustraire aux effets du transfert des risques constituera un abus de droit prohibé par l'art. 7 al. 1 CV⁷⁷. Concrètement, cela signifie que tout doit se passer comme si le vendeur, malgré l'expédition à partir du «mauvais» endroit, avait correctement et complètement exécuté toutes ses obligations, avec pour conséquence que les risques ont été transférés à l'acheteur lors de la remise au transporteur au «mauvais» endroit. Si la marchandise est fortuitement perdue ou altérée après ce moment, l'acheteur ne peut donc plus opposer l'exception d'inexécution (art. 58 al. 1 CV) au vendeur qui lui réclame le paiement du prix sur la base des art. 66, 67 al. 1, 2e phrase et 54 CV ss.

En revanche, s'il apparaît que l'acheteur a un intérêt particulier à ce que l'expédition intervienne au lieu contractuellement prévu, le fait que le vendeur ait expédié la marchandise du «mauvais» endroit exclut qu'il y ait transfert des risques (art. 67 al. 1 CV, 2e phrase), sans qu'aucun abus de droit ne puisse être reproché à l'acheteur qui se prévaut de l'exécution incorrecte de l'expédition⁷⁸.

⁷⁶ En accord avec GEIST cité ci-dessus, il faut admettre que le vendeur doit apporter la preuve que l'événement fortuit aurait également touché la marchandise si elle avait été expédiée du lieu convenu. Si la contravention au contrat commise par le vendeur a contribué à soumettre la marchandise à un cas fortuit auquel elle n'aurait pas été soumise en cas d'exécution conforme, ce sont alors les art. 45 CV ss qui s'appliquent, excluant par là tout transfert des risques (cf. *supra*, ch. 2.191). S'agissant de la question – non abordée ici – du fardeau de la preuve en matière de transfert des risques, notamment dans les ventes impliquant transport des marchandises, voir principalement IMBERG, en particulier pp. 161 ss.

⁷⁷ Cf. à ce propos HERBER, n. 15, 16 et 37 à l'art. 7 CV et les réf. citées.

⁷⁸ A noter que, dans ces cas-là, l'expédition à partir d'un lieu d'expédition non convenu constituera le plus souvent une contravention essentielle au contrat, en raison de la-

4.36 Enfin, la vente n'implique plus transport des marchandises au sens de l'art. 67 CV si le contrat prévoit que le vendeur doit remettre la marchandise en un lieu particulier à l'acheteur. Dans ce cas, où lieu d'exécution différé et lieu de destination coïncident, il n'y a en effet plus *transport* au sens de l'art. 67 CV. Il s'agit alors d'une vente soumise à la clause résiduelle de l'art. 69 al. 2 CV⁷⁹, et cela même si l'acheminement de la marchandise à partir de ce lieu est assuré par un voiturier indépendant mandaté par l'acheteur⁸⁰.

Dans le même ordre d'idées, c'est l'art. 69 al. 1 CV qui devrait s'appliquer, le cas échéant par analogie, et non l'art. 67 al. 1 CV, 2^e phrase, lorsque dans les faits, malgré la stipulation contractuelle d'une vente impliquant transport de la marchandise, c'est l'acheteur ou son personnel qui vient de son propre chef prendre livraison de la marchandise au lieu particulier convenu⁸¹.

- e. Le moment déterminant pour le transfert des risques:
la remise au transporteur indépendant – une notion
parfois imprécise

4.37 Dans les deux hypothèses de l'art. 67 al. 1 CV, les risques passent à l'acheteur lors de la *remise* de la marchandise au transporteur indépendant.

Certains auteurs ont souligné que cette notion de *remise* ne cernait pas avec suffisamment de précision le moment du transfert des risques, compte notamment tenu des diverses situations qui peuvent se présenter à l'occasion du passage de la marchandise dans la sphère de puissance du transporteur⁸².

quelle l'acheteur pourra le cas échéant (a) résoudre le contrat et se soustraire à toute obligation de payer le prix (art. 25 et 49 al. 1 litt a CV) ou (b) réclamer la livraison de marchandises de remplacement, et ce indépendamment de toute question de transfert des risques (cf. *supra*, 3^e partie).

⁷⁹ Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI, in Documents Officiels, p. 69, ch. 8 à l'art. 79 du projet (art. 67 actuel). Cf. également BUCHER, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215, litt. c.

⁸⁰ Cela étant, si dans les faits le vendeur expédie la marchandise à partir de ce lieu, il ne paraît pas exclu d'appliquer l'art. 67 CV, pour les motifs déjà exposés *supra*, ch. 4.29.

⁸¹ L'art. 69 al. 2 CV est pour sa part inapplicable ici: l'acheteur n'est en effet pas *tenu* de retirer les marchandises au lieu particulier d'exécution. Il s'agit donc d'un cas non visé par les art. 67, 68 et 69 al. 2 CV et dès lors soumis à l'art. 69 al. 1 CV. Ce dernier doit du reste être considéré (cf. art. 7 al. 2 CV) comme l'expression d'un principe général de la Convention de Vienne selon lequel les risques passent en tout cas lorsque l'acheteur prend possession des marchandises. Cf. *supra*, ch. 4.29.

⁸² Cf. notamment HONNOLD, n. 368.1 à l'art. 67 CV et les exemples qu'il cite; voir aussi SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 200 *in fine*, qui se demande si, dans la vente d'une cargaison, la remise de celle-ci au transporteur a lieu au début ou à la fin du chargement.

4.38 Le principe de base paraît être que les risques passent lorsque le transporteur *prend possession de la marchandise et la garde*⁸³, soit à l'établissement du vendeur (art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase), soit au lieu particulier d'expédition (art. 67 al. 1 CV, 2^e phrase). Jusqu'à ce moment, le vendeur a lui-même certains devoirs de conservation et ne peut se contenter de laisser la marchandise à l'endroit où elle est censée être à disposition du transporteur⁸⁴.

Cela étant, si la remise de la marchandise et, corrélativement, sa prise de possession par le voiturier sont bien des notions en rapport avec une matière régie par la Convention de Vienne, elles n'en sont pas pour autant elles-mêmes expressément réglées par la Convention. Avec pour conséquence qu'en l'absence de précisions dans le contrat de vente, ces deux notions de *remise* et de *prise de possession* doivent être définies avant tout par référence aux principes généraux dont la Convention s'inspire ou, à défaut de tels principes, par référence à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé (art. 7 al. 2 CV)⁸⁵.

4.39 Les *principes généraux* dont la Convention de Vienne s'inspire, en particulier la nécessité d'assurer le respect des règles de la bonne foi⁸⁶, permettent de dégager les lignes générales suivantes.

4.40 Si le contrat de vente ou les usages en vigueur entre le vendeur et l'acheteur⁸⁷ prévoient que, lors de sa remise au transporteur, la marchandise doit faire l'objet d'une *inspection* en présence du vendeur et du transporteur, les règles de la bonne foi et la finalité d'une telle inspection paraissent commander que la remise et, partant, le moment du transfert des risques coïncident avec l'achèvement de cet examen. Ce principe doit s'appliquer indifféremment à la première ou à la deuxième phrase de l'art. 67 al. 1 CV.

Si l'il s'agit d'une cargaison, les risques seront transférés au fur et à mesure de l'inspection, si celle-ci doit porter sur toute la cargaison. Si l'inspection de la cargaison se fait par sondages, les risques seront transférés à l'achèvement des sondages.

⁸³ Cf. *supra*, ch. 4.6 et les réf. citées, en particulier SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 15 à l'art. 67 CV.

⁸⁴ Art. 85 CV et SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 195 *in fine*.

⁸⁵ En raison de l'absence d'uniformité qui peut en résulter, le renvoi au droit national applicable doit rester une *ultima ratio*. Les solutions doivent donc avant tout et autant que possible être recherchées dans les principes généraux. Cf. l'impératif d'uniformité énoncé à l'art. 7 al. 1 CV; voir également HERBER, n. 31 à l'art. 7 CV.

⁸⁶ Sur l'application des principes de l'art. 7 al. 1 CV à l'art. 7 al. 2 CV, cf. HERBER, n. 29, 30 et 33 à l'art. 7 CV.

⁸⁷ Cf. art. 9 CV.

4.41 Si une telle inspection n'est pas prévue par le contrat de vente ou les usages, et si le contrat ou les usages ne précisent rien concernant la remise de la marchandise au transporteur, trois cas peuvent être distingués.

4.42 Premièrement, si la marchandise doit être transférée au transporteur en un *lieu particulier* (art. 67 al. 1 CV, 2^e phrase), la *remise* au sens de l'art. 67 al. 1 CV et le transfert des risques qui y est associé doivent concrètement intervenir lorsque la marchandise est déchargée en ce lieu⁸⁸, à un endroit désigné par le transporteur ou convenu avec lui et placé sous sa surveillance. En effet, dans la mesure où, dans la localité contractuellement choisie par les parties, c'est généralement le transporteur qui désigne l'endroit exact du déchargement en fonction de sa convenance personnelle — il préfère, par exemple, que cela soit fait à son établissement ou, au contraire, sur le quai de chargement le long du navire sur lequel la cargaison sera embarquée —, il paraît raisonnable d'admettre, selon les règles de la bonne foi, qu'à compter du déchargement en un endroit désigné par le transporteur et placé sous sa surveillance, la marchandise est sous le contrôle exclusif de ce dernier et dès lors en sa possession. Si le déchargement n'est pas une opération ponctuelle mais un travail d'une certaine durée, la remise et, par là, le transfert des risques interviennent en principe au fur et à mesure du déchargement.

4.43 Deuxièmement, lorsque la marchandise doit être *remise* au transporteur *à l'établissement du vendeur* ou à l'endroit où elle se trouvait au moment de la conclusion du contrat (art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase), il paraît raisonnable de considérer, selon les règles de la bonne foi, que la remise et, à sa suite, le transfert des risques ont lieu lorsque le transporteur charge la marchandise en ce lieu. En effet, on est en droit d'admettre qu'à ce moment-là au plus tard, le transporteur a manifesté qu'il a la marchandise sous son contrôle et sa garde, et qu'il en a donc la possession. Ici également, si ce chargement est une opération durable, la remise et le transfert des risques doivent intervenir au fur et à mesure du chargement.

4.44 Troisièmement, lorsque, dans les cas visés à l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, *le transporteur est déjà en possession de la marchandise* lors de la conclusion du contrat de vente, la remise est remplacée par l'expédition⁸⁹

⁸⁸ Cf. dans le même sens HAGER, n. 3a à l'art. 67 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 5 à l'art. 67 CV.

⁸⁹ Cf. art. 27 CV par analogie.

à ce transporteur de l'ordre d'acheminer la marchandise à destination de l'acheteur⁹⁰.

Dans les cas visés à l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase, si le transporteur indépendant censé n'intervenir qu'à partir d'un lieu d'expédition particulier a déjà la possession de la marchandise avant qu'elle ne soit en ce lieu, la «remise» et, partant, le transfert des risques devraient être réglés comme suit. Si la marchandise ne doit pas être transbordée au lieu particulier convenu, l'esprit de l'art. 67 al. 1 CV paraît commander que les risques passent à l'acheteur lorsque la marchandise parvient en ce lieu⁹¹. En revanche, si, au lieu convenu, la marchandise doit encore être chargée sur un autre moyen de transport appartenant au même convoyeur, le transfert des risques ne devrait intervenir, conformément aux principes exposés ci-dessus, que lors du déchargement de la cargaison.

f. Questions particulières

1. *L'effet d'une carence de l'acheteur sur le transfert des risques*

4.45 Selon l'art. 60 CV, litt. a, l'acheteur peut être tenu d'accomplir tout acte que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison.

Ainsi que cela a été souligné, une éventuelle carence de l'acheteur dans l'accomplissement de ces actes préparatoires, qui aurait pour effet d'empêcher le vendeur de s'exécuter, est susceptible de faire passer les risques à l'acheteur quand bien même la marchandise n'aurait pas encore pu être remise au transporteur conformément aux exigences de l'art. 67 al. 1 CV⁹².

2. *Effets sur le transfert des risques du droit du vendeur d'interrompre le transport de la marchandise*

4.46 Cette question a également déjà été brièvement évoquée⁹³. Si les conditions d'un *right of stoppage in transit* au sens de l'art. 71 al. 2 CV sont remplies, le vendeur est autorisé à donner instruction d'interrompre le trans-

⁹⁰ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 2 *in fine* à l'art. 67 CV et les réf. citées, ainsi que HAGER, n. 3a *in fine* à l'art. 67 CV.

⁹¹ Cf. dans un sens analogue GEIST, p. 351, ch. 3 *in fine*.

⁹² Cf. *supra*, ch. 2.243 ss. Ce principe est néanmoins inapplicable lorsque la carence de l'acheteur a pour effet d'empêcher l'individualisation de la marchandise (cf. *supra*, ch. 2.246).

⁹³ Cf. *supra*, ch. 2.188 s.

port ou de ne pas délivrer les marchandises à l'acheteur⁹⁴. En outre, le contrat de transport ou le droit applicable à ce contrat peut autoriser le vendeur à donner instruction au transporteur de lui retourner la marchandise ou de la rediriger vers une autre destination⁹⁵.

Si les marchandises sont altérées ou perdues fortuitement au cours d'une telle interruption, l'acheteur n'en a pas moins l'obligation d'en payer le prix⁹⁶, à la condition, bien évidemment, que le transfert des risques ait eu lieu.

Si la marchandise est fortuitement touchée pendant cette interruption du transport et qu'il apparaît que celle-ci était en réalité injustifiée au regard des exigences de l'art. 71 al. 1 CV, l'acheteur dispose de deux voies alternatives pour se soustraire à l'action du vendeur en paiement du prix au titre du transfert des risques:

- l'art. 66 CV *in fine*; en effet, la perte ou détérioration fortuite a été favorisée par un fait du vendeur injustifié, voire illicite⁹⁷;
- dans la mesure où l'acte du vendeur peut être qualifié de contravention essentielle au contrat⁹⁸, l'acheteur peut se soustraire à son obligation de payer le prix au titre du transfert des risques, soit en réclamant la livraison de marchandises de remplacement (art. 46 al. 2 CV) si le contrat portait sur des choses de genre et en retenant le paiement du prix selon l'art. 71 CV jusqu'à nouvelle exécution par le vendeur, soit en résolvant le contrat selon l'art. 49 CV.

⁹⁴ Voir à ce propos en particulier LESER, n. 28 ss à l'art. 71 CV.

⁹⁵ Cf. SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 201, qui soumet ce cas, à raison, au même régime juridique que le droit d'interrompre le transport de la marchandise. Voir également HUBER, n. 43 à l'art. 31 CV.

⁹⁶ Cf. *supra*, ch. 2.188 et les réf. citées, notamment HAGER, n. 6 à l'art. 66 CV et HUBER, n. 45 *in fine* à l'art. 31 CV.

⁹⁷ Cf. *supra*, ch. 2.189 *in fine* et les réf. citées.

⁹⁸ On peut considérer qu'il s'agit d'une violation de l'obligation de ne pas causer des entraves à la procédure d'exécution. Cf. dans ce sens NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 66 CV.

Section B

La solution du Code des Obligations

a. Les ventes sujettes à expédition – généralités

4.47 Dans leur principe, les ventes impliquant transport des marchandises au sens de l'art. 67 CV équivalent, dans le Code des obligations, aux *ventes sujettes à expédition*⁹⁹ selon la terminologie retenue ici¹⁰⁰.

4.48 Une vente est *sujette à expédition* lorsque, à l'instar de ce que prévoit la Convention de Vienne en matière de vente impliquant transport des marchandises, les parties conviennent d'un *lieu d'exécution* des obligations du vendeur, d'un *lieu de destination* de la marchandise distinct du précédent et d'une *expédition* de la marchandise par le vendeur de ce lieu d'exécution en ce lieu de destination¹⁰¹.

4.49 Lorsque les parties conviennent d'une vente sujette à expédition, elles dérogent donc au régime légal prévu par les art. 184 al. 1 et 74 al. 2 CO.

En effet, selon les art. 184 al. 1 CO et 714 al. 1 CCS, le vendeur doit en principe livrer la chose vendue à l'acheteur et lui en transférer la propriété, ce transfert devant intervenir soit au lieu où se trouvait la marchandise lors de la conclusion du contrat si la vente porte sur un corps certain (art. 74 al. 2, ch. 2 CO), soit au domicile ou à l'établissement du vendeur lors de la conclusion du contrat si la vente porte sur une chose de genre (art. 74 al. 2, ch. 3 CO).

Or, précisément, par la stipulation d'une vente sujette à expédition, les parties décident que le transfert de possession et de propriété n'interviendra

⁹⁹ «Versendungskauf» (cf. BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 214, litt. b). Ou, plus exactement, «vente avec dette sujette à expédition du vendeur», «Kaufvertrag mit vereinbarter Verkäuferschickschuld» (voir chez SCHÖNLE les titres précédant les n. 46 et 89 à l'art. 185 CO; pour de plus amples précisions terminologiques, cf. SCHÖNLE, n. 14 à l'art. 189 CO).

¹⁰⁰ A noter que les ventes sujettes à expédition sont parfois également appelée «ventes à distance» (cf. SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 271, ch. 2). Selon la terminologie retenue ici, les ventes à distance recouvrent tous les cas dans lesquels la marchandise doit être remise à l'acheteur ou son représentant en un lieu autre que le domicile du vendeur ou l'endroit où elle se trouvait lors de la conclusion du contrat: cette notion générique englobe donc, d'une part, les ventes sujettes à expédition, dont il sera question ici, et, d'autre part, les ventes avec dette portable du vendeur, dont il sera question *infra*, ch. 4.224 ss.

¹⁰¹ Cf. à ce propos art. 189 al. 1 CO, *in fine*. Voir également GIGER, n. 38 à l'art. 185 CO, KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 185 CO et SCHMUTZ, p. 48 et les réf. citées.

qu'au lieu de destination¹⁰², par l'entremise d'un tiers indépendant des parties, sans que le vendeur doive y délivrer personnellement la marchandise à l'acheteur. Corrélativement, la stipulation d'une vente sujette à expédition limite les obligations du vendeur au lieu d'exécution¹⁰³ à l'ensemble des actes nécessaires à ce transfert, le dernier de ceux-ci étant l'expédition de la marchandise¹⁰⁴. Une fois tous ces actes accomplis au lieu d'exécution, il est admis que le vendeur a valablement exécuté les obligations qui lui incombaient selon le contrat¹⁰⁵; en particulier, puisqu'il n'a pas la charge de délivrer personnellement la marchandise à l'acheteur, on considère qu'en expédiant la marchandise conformément au contrat, il a fait tout ce qui était en son devoir pour procurer à l'acheteur la possession de la chose¹⁰⁶.

4.50 Le régime du transfert des risques dans une vente sujette à expédition diffère selon que la dette du vendeur a pour objet une chose déterminée par son genre (*infra*, B) ou un corps certain (*infra*, D).

b. Les conditions du transfert des risques dans les ventes sujettes à expédition portant sur des choses de genre

4.51 Selon l'art. 185 al. 2 CO, les risques dans la vente sujette à expédition portant sur des choses de genre sont transférés à l'acheteur dès que les marchandises ont été *individualisées* (art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase) et que le vendeur s'en est dessaisi aux fins de leur *expédition* dans un autre lieu (art. 185 al. 2 CO, 2e phrase)¹⁰⁷.

Sauf stipulation contractuelle d'un lieu particulier pour l'exécution de ces obligations d'individualisation et d'expédition¹⁰⁸, celles-ci sont exécutées au domicile ou à l'établissement du vendeur (art. 74 al. 2, ch. 3 CO).

¹⁰² C'est donc en ce lieu qu'intervient ce que l'on peut appeler le «résultat» de la vente. D'où le terme «Erfolgsort» que l'on trouve également, par exemple chez SCHÖNLE, n. 42 à l'art. 185 CO. Voir aussi KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 185 CO.

¹⁰³ Généralement le domicile ou l'établissement du vendeur mais éventuellement aussi tout autre lieu à partir duquel la marchandise doit être expédiée, par exemple celui où la marchandise se trouvait lors de la conclusion du contrat.

¹⁰⁴ Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.54 ss. Voir aussi KOLLER in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 13 à l'art. 185 CO et SCHÖNLE, n. 11 à l'art. 189 CO.

¹⁰⁵ Cf. SCHÖNLE, même réf., et BECKER, n. 3 à l'art. 74 CO.

¹⁰⁶ Cf. SCHÖNLE, même réf., et GIGER, n. 12 à l'art. 189 CO.

¹⁰⁷ Cf. également SCHÖNLE, n. 89 *in initio* à l'art. 185 CO.

¹⁰⁸ Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.74 ss.

1. Individualisation

4.52 L'individualisation est une des obligations du vendeur lorsque sa dette porte sur une chose déterminée par son genre (art. 71 al. 1 CO); elle est donc une condition *sine qua non* du transfert des risques dans toutes les ventes de choses de genre (art. 185 al. 2 CO, 1^{ère} phrase).

C'est l'acte – ou la série d'actes – par lequel le vendeur destine clairement à l'acheteur une ou plusieurs marchandises présentant toutes les caractéristiques du genre dont les parties sont convenues et dont la qualité ne saurait être inférieure à la qualité moyenne¹⁰⁹. Le ou les actes en question peuvent être divers: séparation des pièces destinées à l'acheteur des autres marchandises en stock avec marquage au nom de l'acheteur, emballage au nom de l'acheteur, avis donné à l'acheteur etc¹¹⁰. Le critère déterminant est celui de la *reconnaissabilité extérieure*: un tiers doit pouvoir objectivement reconnaître que telle marchandise est destinée à tel acheteur¹¹¹. Toute mesure permettant de reconnaître clairement une telle attribution constitue donc une *individualisation* valable de la marchandise.

Le Code des obligations consacre dès lors sur ce point une solution très largement comparable à celle de la Convention de Vienne, exprimée avec peut-être plus de précision à l'art. 67 al. 2 CV¹¹².

4.53 Tout comme la Convention de Vienne¹¹³, le Code des obligations ne requiert nullement la participation de l'acheteur aux opérations d'individualisation¹¹⁴, qui reste *a priori* une tâche dont le vendeur s'acquitte seul¹¹⁵.

¹⁰⁹ Cf. art. 71 al. 2 CO. Sur les droits de l'acheteur en cas d'individualisation et de livraison d'une marchandise non conforme au genre convenu (*aliud*) ou d'une marchandise conforme mais de qualité insuffisante (*pejus*), cf. *supra*, ch. 3.15 ss et 3.22 ss et les renvois.

¹¹⁰ Voir également POROY, p. 47, KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 32 à l'art. 185 CO et SCHMUTZ, p. 44. L'individualisation n'est donc en aucun cas limitée au mesurage, pesage et comptage évoqués par GIGER, n. 32 à l'art. 185 CO; cf. à ce propos SCHÖNLE, n. 86 à l'art. 185 CO.

¹¹¹ Dans le même sens SCHÖNLE, n. 85 *in initio* à l'art. 185 CO.

¹¹² Cf. *supra*, ch. 4.17 ss.

¹¹³ Cf. *supra*, ch. 4.18.

¹¹⁴ *Contra* OSER/SCHÖNENBERGER, n. 9 à l'art. 185 CO, qui pensent que la participation de l'acheteur aux opérations d'individualisation permet de protéger celui-ci contre une mauvaise exécution du contrat et s'impose dès lors pour ce motif. Or, ainsi qu'il a été exposé *supra*, dans la III^{ème} partie, l'acheteur paraît en réalité suffisamment protégé dans ces cas par les règles générales en matière d'inexécution et les règles spéciales en matière de garantie. Cf. dans le même sens GIGER, n. 33 à l'art. 185 CO et BECKER, n. 6 à l'art. 185 CO.

¹¹⁵ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 88 à l'art. 185 CO.

2. L'expédition de la marchandise

4.54 Pour couvrir la distance entre les lieux d'exécution et de destination, la marchandise doit être *expédiée* (art. 185 al. 2 CO, 2e phrase et 189 al. 1 CO *in fine* – *infra*, aa). En outre, pour que les risques soient transférés à l'acheteur, le vendeur doit se dessaisir de la marchandise aux fins de cette expédition (art. 185 al. 2 CO, 2e phrase *in fine* – *infra*, bb).

aa. Obligation accessoire du vendeur d'expédier la marchandise

4.55 Par la stipulation d'une vente sujette à expédition, les parties concluent un contrat de vente assorti d'une obligation accessoire du vendeur, fondée sur l'art. 2 al. 1 CCS, d'expédier la marchandise dans l'intérêt de son cocontractant¹¹⁶. Il ne s'agit donc pas d'un contrat hybride composé d'éléments propres à la vente et d'autres relevant du mandat, voire du contrat de commissionnaire-expéditeur.

Le vendeur doit *expédier* la marchandise, ce qui, comme dans la Convention de Vienne¹¹⁷, ne signifie pas «transporter» mais «faire transporter». A ce titre, le vendeur a donc une obligation d'*organiser le transport* de la marchandise¹¹⁸. Il n'est en revanche pas tenu de procéder lui-même au *convoiage*¹¹⁹.

Le vendeur doit donc conclure un contrat de transport au sens des art. 440 CO ss avec un voiturier et assumer dans ce contexte, à titre accessoire, le rôle d'un expéditeur. C'est bien là ce que vise l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase – «*si elle [la marchandise] doit être expédiée dans un autre lieu (...)*» –, même s'il ne précise pas expressément que, sauf stipulation contraire¹²⁰, l'expédition incombe au vendeur.

¹¹⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 95 à l'art. 185 CO et n. 14 s. à l'art. 189 CO; GIGER, n. 13 et 20 à l'art. 189 CO.

¹¹⁷ Cf. *supra*, ch. 4.3 ss.

¹¹⁸ Dans la Convention de Vienne, lorsque la convention des parties implique transport des marchandises au sens de l'art. 67 CV, il est a priori indifférent que le transporteur indépendant soit mandaté par l'acheteur ou le vendeur; cf. *supra*, ch. 4.9 s.

¹¹⁹ Cf. BUCHER, B.T., p. 71; SCHÖNLE, n. 13 à l'art. 189 CO. Du reste, s'il y procède lui-même ou confie le transport à son propre personnel, le transfert des risques n'est pas réglé par l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, faute de dessaisissement (cf. notamment *infra*, ch. 4.57 s.). L'opération s'apparente dans les faits à une vente avec dette portable (cf. *infra*, ch. 4.219 ss).

¹²⁰ Pour qu'il y ait vente sujette à expédition avec organisation du transport par l'acheteur, il faut que cela soit expressément convenu. Si, sans autre précision, la convention des parties prévoit simplement que l'acheteur doit organiser le transport de la marchandise du domicile du vendeur jusqu'à son propre établissement, on retiendra selon toute vraisemblance que les parties ont entendu conclure une vente avec dette qu'éra-

Une fois ce contrat de transport conclu, le vendeur devra encore se dessaisir de la marchandise aux fins du transport, afin qu'au terme de celui-ci la possession et la propriété de la chose vendue puissent être transférées à l'acheteur. Avec cette remise aux fins du transport, le vendeur accomplit donc le dernier des actes que l'acheteur peut exiger de lui en vue du transfert de possession et de propriété de la marchandise. C'est du reste lors de l'exécution de ce dernier acte que l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase fait passer les risques à l'acheteur, conformément à l'idée que, à tout le moins dans les ventes portant sur des choses de genre, les risques de l'impossibilité et du prix ne passent à l'acheteur qu'au moment auquel le vendeur a fait tout ce que son partenaire était en droit d'attendre de lui¹²¹.

bb. Obligation du vendeur de se dessaisir de la marchandise

i. Mise en œuvre d'un transporteur indépendant

4.56 Selon art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, les risques ne passent donc à l'acheteur qu'au moment auquel le vendeur se dessaisit de la marchandise dans le cadre du transport dont il assume l'organisation.

Les verbes auxquels recourt les art. 185 al. 2 CO, 2e phrase—*se dessaisir* de la marchandise, *die veräußerte Sache zur Versendung abgeben*—indiquent que la chose vendue doit sortir de la sphère de possession (immédiate et médiata) du vendeur¹²². A l'instar de ce que retient la Convention de Vienne¹²³, le vendeur doit donc en principe remettre la marchandise à un *transporteur indépendant*.

ii. *Quid* du transport par le personnel du vendeur?

4.57 *Un transport que le vendeur confie à son propre personnel* ne fait pas encore sortir la marchandise de sa sphère de possession; ce n'est pas à proprement parler un dessaisissement au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase. Une telle remise n'est dès lors pas susceptible de transférer les risques à l'acheteur. Ceux-ci restent au vendeur, soit jusqu'à ce que la marchandise convoyée par les soins de son personnel soit remise à l'acheteur ou à un

ble. Si la convention des parties ne prévoit rien concernant le transport de la marchandise, c'est le régime légal de droit dispositif qui s'applique. Selon l'art. 74 al. 2 ch. 3 CO, il s'agira alors également d'une vente avec dette quérable.

¹²¹ Cf. *supra*, ch. 2.53. KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 à l'art. 185 CO.

¹²² Cf. SCHÖNLE, n. 93 à l'art. 185 CO; KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 185 CO; GIGER, n. 42 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, pp. 49 et les réf. citées; WEBER, n. 68 à l'art. 71 CO.

¹²³ Cf. *supra*, ch. 4.4 ss.

transporteur indépendant¹²⁴, soit jusqu'à ce qu'il remette lui-même à un transporteur indépendant une nouvelle marchandise individualisée.

Aussi longtemps que l'un ou l'autre de ces états de fait n'est pas réalisé, une perte ou détérioration même parfaitement fortuite de la marchandise ne permettra pas au vendeur de réclamer à l'acheteur le paiement du prix. Au contraire, l'acheteur pourra pour sa part opposer à la réclamation du vendeur l'inexécution de l'une de ses obligations¹²⁵; il pourra continuer à exiger du vendeur l'exécution du contrat, c'est-à-dire l'individualisation et l'expédition d'une nouvelle marchandise conforme aux spécifications du genre convenu (art. 102 et 107 CO), ou décider de résoudre le contrat (art. 107 al. 2 CO *in fine*)¹²⁶.

4.58 Selon SCHÖNLE, même dans une vente stipulée sujette à expédition, la remise de la marchandise au personnel du vendeur pourrait exceptionnellement opérer le transfert des risques, lorsque l'interprétation du contrat permet de reconnaître qu'un convoi par du personnel propre du vendeur n'était pas interdit¹²⁷.

Vu la formulation à laquelle il recourt, SCHÖNLE paraît viser le cas dans lequel les parties sont convenues principalement d'une dette du vendeur sujette à expédition avec transfert des risques selon la règle de l'art. 185 al. 2 CO, 2^e phrase, l'interprétation du contrat révélant toutefois que, sans modification du régime des risques, le vendeur s'est vu contractuellement reconnaître la faculté alternative d'exécuter une dette portable et de confier l'acheminement de la marchandise à son propre personnel. Le cas échéant, sans que cette distinction soit toutefois d'un grand intérêt pratique, le contrat de vente contiendrait plutôt une dérogation aux règles sur le transfert des risques en cas de dette portable, et non une exception à la règle du convoi par un transporteur indépendant en cas de dette sujette à expédition.

A noter que, dans l'hypothèse visée par SCHÖNLE, une perte ou une détérioration de la marchandise pendant qu'elle est convoyée, conformément au contrat, par le personnel du vendeur ne pourront survenir aux risques de l'acheteur qu'à la condition que ces événements ne puissent en aucune façon être imputés au vendeur lui-même (art. 119 al. 1 CO). Or, le vendeur doit

¹²⁴ Cf. ci-dessus, ch. 4.7 *in fine* la solution comparable de la Convention de Vienne.

¹²⁵ Cf. art. 82, 211 al. 1 *a contrario* et 213 al. 1 CO; cf. également SCHÖNLE, n. 95 à l'art. 185 CO. Selon la Convention de Vienne, l'acheteur a des droits analogues, cf. *supra*, ch. 4.7 *in fine*.

¹²⁶ Voir également *supra*, ch. 4.7 *in fine* les droits semblables de l'acheteur selon la Convention de Vienne.

¹²⁷ Cf. SCHÖNLE, n. 96 à l'art. 185 CO.

répondre des actes et omissions des auxiliaires qu'il commet à l'exécution de tout ou partie des obligations qui lui incombent¹²⁸, en particulier de tout ce qui peut constituer une inexécution fautive de son obligation accessoire de veiller à la parfaite conservation de la chose vendue destinée à l'acheteur pendant qu'elle est encore en sa possession¹²⁹. En d'autres termes, l'acheteur n'aura les risques d'un événement survenant pendant son transport par les gens du vendeur que si celui-ci peut s'exonérer de toute responsabilité en prouvant que l'auxiliaire a fait preuve de toute la diligence que l'on eût été en droit d'attendre du vendeur lui-même¹³⁰.

iii. *Quid* de la remise à un commissionnaire-expéditeur?

4.59 Peut-il y avoir transfert des risques au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase au moment de la *remise de la marchandise à un commissionnaire-expéditeur* indépendant, chargé conformément à l'art. 439 CO de procéder en son propre nom mais pour le compte du vendeur à l'expédition de la chose vendue?

En d'autres termes, une telle remise constitue-t-elle un dessaisissement au sens défini ci-dessus, susceptible d'opérer le transfert des risques au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase?

La question est controversée.

4.60 Selon GIGER, il suffit «*zur Bewirkung des Gefahrenübergangs, dass die Ware, wenn der Verkäufer den Transport nicht selbst besorgen soll, einem Spediteur, Frachtführer (...) übergeben wird*»¹³¹. Cela étant, au vu des précisions qu'il fournit sous les titres «*keine Identität zwischen Absender und Spediteur*» et «*keine Identität zwischen Spediteur und Empfänger*», il apparaît que le «*Spediteur*» est, dans sa terminologie, celui qui concrètement effectue le transport de la marchandise¹³².

¹²⁸ Cf. art. 101 al. 1 CO et *supra*, ch. 2.22 s.

¹²⁹ Incombance déduite de l'art. 2 al. 1 CCS; cf. à ce propos KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 17 à l'art. 185 CO, et SCHÖNLE, n. 23 *in fine* à l'art. 185 CO.

¹³⁰ Cf. *supra*, ch. 2.22 et les réf. citées, en particulier SCHÖNLE, n. 23a à l'art. 185 CO et les renvois à la jurisprudence. Sur toute cette question, voir en outre SCHÖNLE, n. 97 à l'art. 185 CO.

¹³¹ GIGER, n. 40 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

¹³² Cf. GIGER, n. 42 s. à l'art. 185 CO. Voir également sur ce point la critique de SCHÖNLE, n. 98 à l'art. 185 CO.

WEBER affirme pour sa part, sans pourtant fournir de plus amples précisions à ce propos, que «*die Versendung meint die Übergabe zum Transport (z.B. an den Spediteur, Frachtführer) an den Bestimmungsort (...)*»¹³³.

4.61 Se fondant notamment sur le texte français de l'art. 185 al. 2 CO, 2^e phrase, selon lequel le vendeur doit s'être dessaisi de la marchandise aux fins de son expédition à l'acheteur, KOLLER considère que la remise de la marchandise à un commissionnaire-expéditeur au sens de l'art. 439 CO suffit à opérer le transfert des risques¹³⁴.

4.62 A juste titre, le point de vue de KOLLER est critiqué¹³⁵. KOLLER et les auteurs qui, comme lui, suggèrent de transférer les risques à l'acheteur déjà lors de la remise de la marchandise à un commissionnaire-expéditeur, perdent de vue que, dans une vente sujette à expédition portant sur des choses de genre, les risques ne passent qu'au moment auquel le vendeur a accompli tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la possession et de la propriété de la chose vendue, les deux derniers actes dus à ce titre étant tout d'abord l'organisation du transport — c'est-à-dire la conclusion d'un contrat de transport avec le voiturier de son choix — puis la remise de la marchandise à ce voiturier¹³⁶.

Or, lorsque le vendeur remet à un commissionnaire-expéditeur la marchandise destinée à l'acheteur en le chargeant d'en organiser le transport, toutes les obligations contractuelles mises à la charge du vendeur en cas de vente sujette à expédition ne sont pas encore exécutées: le transport n'est pas encore organisé et la remise de la marchandise au voiturier n'a pas encore eu lieu. Il ne peut donc y avoir transfert des risques à ce stade. Lorsque le commissionnaire-expéditeur conclut le contrat de transport avec le voiturier de son choix, c'est l'avant-dernière obligation du vendeur qui est exécutée, mais il n'y a pas non plus transfert des risques car le dernier acte attendu du vendeur, la remise de la chose au transporteur, n'a pas encore été accompli. Ce n'est que lorsque le commissionnaire-expéditeur aura exécuté en sa qualité d'auxiliaire du vendeur le dernier des devoirs qui incombaient à son commettant, c'est-à-dire lorsqu'il aura remis la marchandise au voiturier ou qu'il aura décidé le cas échéant d'effectuer lui-même le transport, que sera réalisé

¹³³ WEBER, n. 69 à l'art. 71 CO.

¹³⁴ Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 16 à l'art. 185 CO.

¹³⁵ Cf. SCHÖNLE, n. 98 à l'art. 185 CO.

¹³⁶ Cf. *supra*, ch. 4.55 *in fine* et les renvois.

le «*dessaisissement à cet effet*» au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase et que les risques seront transférés à l'acheteur.

4.63 Selon l'approche retenue ici, les solutions du Code des obligations – la remise de la marchandise à un commissionnaire-expéditeur n'opère *a priori* pas le transfert des risques – et de la Convention de Vienne¹³⁷ – la remise de la marchandise à un commissionnaire-expéditeur suffit à opérer le transfert des risques – divergent donc. Au vu de ce qui précède, la différence paraît résider essentiellement dans le fait que:

- d'une part, selon le Code des obligations, le vendeur a le *devoir* d'organiser le transport, c'est-à-dire de jouer lui-même le rôle d'un commissionnaire-expéditeur, ce qu'il n'est pas tenu de faire selon la Convention de Vienne;
- d'autre part, selon le Code des obligations, le transfert des risques n'a lieu qu'au moment auquel la marchandise est remise au voiturier après que le vendeur a fait tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui, alors que, selon la Convention de Vienne, les risques passent à l'acheteur dès que la marchandise est remise à toute personne capable de la transporter (voiturier) ou de la faire transporter (commissionnaire-expéditeur) à destination de l'acheteur.

Il s'ensuit logiquement que, si la marchandise est remise à un commissionnaire-expéditeur, le Code des obligations n'opère aucun transfert des risques aussi longtemps que le commissionnaire-expéditeur exécute une obligation incombant au vendeur lui-même, même si ce dernier s'est dessaisi de la marchandise en ses mains. Alors que la Convention de Vienne, plus favorable au vendeur sur ce point, permet un tel transfert, dès lors que la chose vendue est remise à une personne capable de la faire transporter à destination de l'acheteur.

cc. L'expédition à l'acheteur

4.64 De façon comparable à ce que prévoit la Convention de Vienne¹³⁸, le dessaisissement au sens défini ci-dessus n'opère le transfert des risques que si

¹³⁷ Cf. *supra*, ch. 4.11 ss, **4.16**.

¹³⁸ Cf. art. 67 al. 1 CV, 1ère phrase *in fine*: «...remise des marchandises au premier transporteur *pour transmission à l'acheteur*».

la marchandise est expédiée à l'acheteur, au lieu de destination contractuellement prévu¹³⁹.

Une expédition à une adresse du vendeur au lieu de destination, à son représentant ou encore à sa succursale sur place ne réalise donc pas encore l'état de fait de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase. Dans ces cas, il est en effet largement admis en doctrine et jurisprudence¹⁴⁰ que l'identité ou la quasi-identité entre l'expéditeur et le destinataire empêche de considérer qu'il y a eu dessaisissement, et ce malgré l'indépendance du transporteur et une éventuelle autonomie économique et administrative du destinataire.

c. Effet juridique et questions particulières

1. Effet juridique

aa. Transfert des risques lors de l'expédition d'une marchandise individualisée

4.65 A l'image de ce que prévoit la Convention de Vienne¹⁴¹, le transfert des risques dans une vente sujette à expédition portant sur des choses de genre n'a lieu qu'au moment auquel sont *cumulativement* réalisées les exigences de l'individualisation et de l'expédition, au sens défini ci-dessus¹⁴². Il n'est en revanche pas nécessaire que l'acheteur ait été averti de l'expédition de la marchandise¹⁴³.

A noter que la vente n'est pas sujette à expédition et ne sera donc pas soumise à l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, lorsque le contrat prévoit que la marchandise doit être remise à l'acheteur au domicile ou à l'établissement du vendeur, et cela même si l'acheminement de la marchandise à partir de là est assuré par un voiturier indépendant mandaté par l'acheteur. Il s'agit alors d'une vente avec dette quérable soumise à la clause générale de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase¹⁴⁴. Dans le même ordre d'idées, il y a également vente

¹³⁹ Cf. GIGER, n. 40 à l'art. 185 CO; KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 18 à l'art. 185 CO.

¹⁴⁰ Cf. GIGER, n. 41 à l'art. 185 CO et les réf. à la jurisprudence du Tribunal fédéral; SCHMUTZ, p. 50; WEBER, n. 69 à l'art. 71 CO; KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 18 à l'art. 185 CO; SCHÖNLE, n. 93 à l'art. 185 CO.

¹⁴¹ Cf. *supra*, ch. 4.19.

¹⁴² Cf. le texte de l'art. 185 al. 2 CO et SCHÖNLE, n. 89 à l'art. 185 CO.

¹⁴³ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 104 à l'art. 185 CO et les précisions qu'il apporte à ce propos.

¹⁴⁴ Cf. *infra*, ch. 4.199 ss. Si dans les faits, ce transport est organisé par le vendeur, il ne paraît toutefois pas exclu d'appliquer les règles de la vente sujette à expédition, dans la mesure où il s'agit alors bien d'un cas dans lequel le vendeur se charge d'expédier

avec dette quérable soumise à l'art. 185 al. 2 CO, 1^{ère} phrase, lorsque, dans les faits, malgré la stipulation contractuelle d'une vente sujette à expédition, c'est l'acheteur ou son personnel qui vient prendre livraison de la marchandise à l'établissement du vendeur¹⁴⁵. Enfin, lorsque le vendeur, malgré la stipulation contractuelle d'une vente sujette à expédition, entreprend de transporter lui-même la marchandise jusqu'au lieu de destination pour l'y remettre à l'acheteur, à son représentant ou à son personnel, ce n'est pas l'art. 185 al. 2 CO, 2^e phrase qui s'applique mais les règles applicables aux ventes avec dette portable¹⁴⁶.

4.66 Dans la majorité des cas, l'individualisation interviendra avant l'expédition. Si néanmoins elle n'a lieu qu'après l'expédition, ce qui peut notamment se présenter en cas de transport groupé¹⁴⁷, les risques ne passeront à l'acheteur qu'à ce moment-là. Il n'y a donc aucune rétroactivité au moment du dessaisissement en vue du transport¹⁴⁸.

Lorsqu'aucun lieu particulier n'a été convenu pour l'exécution des obligations d'individualisation et de remise au transporteur, celles-ci sont en principe exécutées au domicile du vendeur¹⁴⁹. Cela étant, si les marchandises quittent ce lieu d'exécution au domicile du vendeur, certes en mains d'un transporteur indépendant mais pas encore individualisées, ou individualisées mais en mains d'un employé du vendeur, il n'y a, comme on vient de le voir, pas encore de transfert des risques à l'acheteur. Dans les faits, on s'aperçoit ainsi que ce domicile du vendeur n'a, en tant que lieu d'exécution, qu'une incidence tout à fait secondaire sur la détermination concrète du moment auquel les risques sont transférés à l'acheteur. La solution du Code des obligations est donc similaire à celle de la Convention de Vienne, lorsqu'aucun lieu particulier n'est fixé pour la remise au transporteur. Ce qui est déterminant pour le transfert des risques, c'est la *remise* au transporteur d'une marchandise *individualisée*¹⁵⁰.

la marchandise. Voir les réflexions analogues faites ci-dessus, ch. 4.29 dans le cadre de la Convention de Vienne.

¹⁴⁵ Voir *supra*, ch. 4.29, la réflexion analogue faite dans le cadre de la Convention de Vienne.

¹⁴⁶ Cf. *infra*, ch. 4.224 ss. Ainsi que cela a déjà été souligné (*supra*, ch. 4.29 *in fine*), la Convention de Vienne soumettrait vraisemblablement ce cas à la règle résiduelle de l'art. 69 al. 2 CV, qui consacre un régime comparable à celui des dettes portables selon le Code des Obligations (cf. *infra*, ch. 4.248 ss).

¹⁴⁷ Cf. *infra*, ch. 4.71 ss.

¹⁴⁸ Voir ci-dessus ch. 4.19 la solution identique de la Convention de Vienne.

¹⁴⁹ Cf. art. 74 al. 2, ch. 3 CO et *supra*, ch. 4.51.

¹⁵⁰ Cf. *supra*, ch. 4.19. En revanche, tout comme dans la Convention de Vienne, le respect du lieu d'exécution est en principe condition *sine qua non* du transfert des risques,

Si le transport est assuré par un seul convoyeur, c'est bien évidemment le dessaisissement en ses mains qui opère le transfert des risques. Lorsque la distance entre le lieu d'exécution et celui de destination doit être couverte par plusieurs transporteurs successifs, c'est la remise de la marchandise individualisée au premier d'entre eux qui fait passer les risques à l'acheteur.

Cette solution, qui correspond à celle clairement exprimée à l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, découle du texte de l'art. 185 al. 2 CO, 2^e phrase: les risques sont transférés lorsque *le vendeur se dessaisit* de la chose individualisée, c'est-à-dire, chronologiquement, au tout début de l'expédition¹⁵¹. Elle est en outre conforme au but et à la systématique des art. 119 et 185 al. 2 CO, selon lesquels les risques doivent passer à l'acheteur au moment auquel le vendeur a fait tout ce que sont cocontractant était en droit d'attendre de lui; ce moment est indubitablement le début du transport organisé par le vendeur et non son achèvement.

4.67 Les risques mis à la charge de l'acheteur une fois la marchandise individualisée et expédiée sont ceux de l'impossibilité et du prix¹⁵². Ce qui signifie qu'une perte ou une détérioration fortuite de la marchandise après ce moment libérera définitivement le vendeur de toute prestation, conformément à l'art. 119 al. 1 CO, et cela même s'il détient ou peut se procurer d'autres choses du genre convenu, c'est-à-dire même si sa prestation n'est en réalité pas encore objectivement et logiquement impossible¹⁵³.

Ainsi qu'on l'a vu, cette solution est conforme au but de l'art. 119 al. 1 CO, tel qu'il peut être dégagé de ses rapports avec l'art. 185 CO: l'art. 119 al. 1 CO veut libérer le vendeur, débiteur d'une chose de genre, non seulement lorsque le genre tout entier ou le genre limité a disparu — sa dette est alors logiquement impossible —, mais également lorsqu'il a fait tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui au titre de l'exécution de sa prestation et qu'il lui est néanmoins impossible, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, de transférer à l'acheteur la possession et la propriété de la marchandise qu'il avait préparée, individualisée et expédiée en vue de sa tradition à l'acheteur.

lorsque les parties définissent contractuellement le lieu auquel le vendeur doit remettre la marchandise au transporteur; cf. *infra*, ch. 4.74 ss.

¹⁵¹ Dans un sens analogue, cf. GIGER, n. 40 à l'art. 185 CO.

¹⁵² Cf. *supra*, ch. 2.100.

¹⁵³ Cf. *supra*, ch. 2.49 ss, **2.52 à 2.54** et les réf. citées. Voir également SCHÖNLE, n. 89 à l'art. 185 CO.

bb. Le moment déterminant pour le transfert des risques:
celui du dessaisissement – une notion parfois imprécise

4.68 Dans la majorité des cas, l'individualisation de la marchandise aura lieu avant son expédition, en sorte que le moment déterminant pour le transfert des risques sera celui auquel le vendeur se *dessaisit* de la marchandise en mains du transporteur indépendant.

Or, tout comme celle de *remise* dans la Convention de Vienne¹⁵⁴, la notion de *dessaisissement* dans le Code des obligations ne permet pas toujours de cerner avec suffisamment de précision le moment du transfert des risques.

4.69 Le principe de base paraît être que les risques passent à l'acheteur lorsque la marchandise entre dans la sphère de possession immédiate du transporteur¹⁵⁵, soit à l'établissement du vendeur, soit au lieu d'expédition particulier dont les parties seraient convenues. Jusqu'à ce moment, le vendeur a une obligation générale accessoire, déduite de l'art. 2 al. 1 CCS, de veiller à la parfaite conservation de la chose vendue destinée à l'acheteur¹⁵⁶, en sorte qu'il ne pourrait se contenter de décharger et de laisser la marchandise à l'endroit où elle est censée être mise à la disposition du transporteur¹⁵⁷.

4.70 Cela étant, selon les particularités du contrat de vente¹⁵⁸, le moment exact du passage de la marchandise dans la sphère de possession immédiate du transporteur – et, partant, le moment exact du transfert des risques – peut être difficile à déterminer.

En l'absence de stipulation particulière des parties, ce sont les circonstances du cas (art. 185 al. 1 CO *in fine*) et, en tant que de besoin, l'interprétation du contrat selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CCS) qui devraient permettre de fixer le moment précis du transfert des risques. A ce titre, on doit pouvoir s'inspirer ici des principes dégagés ci-dessus dans le

¹⁵⁴ Cf. *supra*, ch. 4.37 ss.

¹⁵⁵ Cf. notamment SCHÖNLE, n. 93 à l'art. 185 CO: «Er [der Verkäufer] muss diesem [dem Frachtführer] den unmittelbaren Besitz an der Kaufsache verschafft haben».

¹⁵⁶ Cf. à ce propos KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 17 à l'art. 185 CO, et SCHÖNLE, n. 23 *in fine* à l'art. 185 CO.

¹⁵⁷ Voir également *supra*, ch. 4.38, la solution analogue prévalant dans le cadre de la Convention de Vienne.

¹⁵⁸ Quid en effet si le contrat prévoit une inspection de la marchandise lors de sa remise au transporteur, ou si la remise doit durer un certain temps (par exemple transbordement de grandes quantités) etc.?

cadre de la Convention de Vienne¹⁵⁹, le contenu des règles de la bonne foi réservées par l'art. 7 CV n'étant en principe pas différent de celui de l'art. 2 CCS.

2. *Questions particulières au regard de celles examinées dans le cadre de la Convention de Vienne*

aa. Le transport en vrac ou groupé

4.71 Les cas de transport groupé ou en vrac déjà évoqués ci-dessus dans le cadre de la Convention de Vienne sont en principe soumis à la règle générale de l'art. 185 al. 2 CO: le transfert des risques n'a lieu qu'au moment auquel sont cumulativement satisfaites les exigences d'individualisation et d'expédition.

Si le transport regroupe des marchandises déjà individualisées destinées à divers acheteurs, le transfert des risques a lieu au moment auquel elles sont remises au transporteur, conformément à la règle générale de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase¹⁶⁰.

Si la marchandise destinée à plusieurs acheteurs est remise en vrac à un transporteur¹⁶¹, l'exigence de l'expédition est réalisée, mais pas celle de l'individualisation. Dans ces cas, le moment du transfert des risques dépendra exclusivement du moment auquel interviendra l'individualisation¹⁶².

4.72 L'individualisation n'a lieu qu'au moment de la séparation, extérieurement reconnaissable, de la marchandise destinée à un acheteur déterminé¹⁶³.

Or, dans le cas du transport en vrac, une telle séparation n'intervient le plus souvent qu'à la fin du convoi principal, lorsque la part de chaque acheteur est transbordée sur le moyen de transport individuel qui la lui acheminera. Lorsque le transporteur qui a reçu la cargaison en vrac doit lui-même livrer à tous les acheteurs, l'individualisation et le transfert des risques interviennent au fur et à mesure des livraisons, lorsque la part revenant à chaque acheteur lui est remise à son domicile ou au lieu de destination convenu. A

¹⁵⁹ Cf. *supra*, ch. 4.40 ss.

¹⁶⁰ Cf. également GIGER, n. 45 à l'art. 185 CO, p. 115 *in fine*.

¹⁶¹ Par exemple, transport de liquides ou d'autres fongibles en grandes quantités (céréales, charbon etc.).

¹⁶² Voir *supra*, ch. 4.21 et les réf. citées, la solution comparable de la Convention de Vienne.

¹⁶³ Cf. *supra*, ch. 4.52.

l'égard du dernier acheteur, l'individualisation a lieu lorsque la part destinée à l'avant-dernier acquéreur quitte le moyen de transport.

4.73 Faute d'individualisation, une perte ou une détérioration de la cargaison pendant son transport en vrac ne peut donc survenir aux risques des différents acheteurs¹⁶⁴. A l'instar de ce qui a été analysé ci-dessus dans le cadre de la Convention de Vienne¹⁶⁵, chacun d'eux conserve une action en exécution du contrat¹⁶⁶.

Le Code des obligations, clair sur ce point, ne fournit aucun élément permettant d'admettre les avis contraires de WEBER et GIGER¹⁶⁷. Un transfert des risques avant l'individualisation ne peut avoir lieu que sur la base d'un accord particulier dans ce sens entre vendeur et acheteur. A ce propos, en accord avec SCHÖNLE¹⁶⁸, le simple fait qu'un acheteur, pour des raisons d'économie, ait donné son accord au principe du transport groupé ne peut pas encore être compris, selon le principe de la confiance, comme une renonciation de cet acheteur à sa prétention en exécution.

bb. Remise de la marchandise en un lieu particulier

4.74 Ce cas visé par l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase¹⁶⁹ n'est pas expressément réglé dans le Code des obligations.

4.75 En principe, dans une vente sujette à expédition, le vendeur doit exécuter à son domicile ou son établissement l'ensemble des obligations mises à sa charge par le contrat, la dernière de celles-ci étant la remise de la marchandise à un transporteur indépendant aux fins de sa transmission à l'acheteur¹⁷⁰. Le domicile ou l'établissement du vendeur est donc lieu d'exécution.

La détermination par les parties d'un lieu particulier auquel la marchandise doit être remise au transporteur signifie donc que le lieu d'exécution ci-

¹⁶⁴ Cf. SCHÖNLE, n. 90 à l'art. 185 CO; voir également KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 20 à l'art. 185 CO, avec toutefois une exception (n. 20 *in fine*) en cas d'accord de tous les acheteurs sur le principe du transport groupé; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 12 à l'art. 185 CO.

¹⁶⁵ Cf. *supra*, ch. 4.22 s.

¹⁶⁶ Fondée sur les art. 19, 102/107 al. 2, 1ère voie ou 206 CO.

¹⁶⁷ WEBER, n. 70 *in fine* à l'art. 71 CO, et GIGER, n. 45 à l'art. 185 CO.

¹⁶⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 90 à l'art. 185 CO; cf. *supra*, ch. 4.23 le résultat analogue dégagé de l'analyse de la Convention de Vienne.

¹⁶⁹ Cf. *supra*, ch. 4.30 ss.

¹⁷⁰ Cf. *supra*, ch. 4.49.

dessus est déplacé. C'est donc en ce lieu que le vendeur doit s'acquitter de toutes les obligations dont l'acheteur est en droit d'attendre l'exécution: individualisation de la marchandise, conclusion d'un contrat de transport et remise de la marchandise individualisée au transporteur ainsi mandaté. Selon l'opinion soutenue ici, c'est au moment de l'accomplissement du dernier de ces actes en ce lieu d'exécution particulier que les risques passent à l'acheteur¹⁷¹. La solution est ainsi identique dans son principe à celle consacrée par l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase¹⁷².

4.76 Tout comme dans la Convention de Vienne¹⁷³, il est indifférent que la marchandise soit acheminée jusqu'au lieu d'exécution particulier par le vendeur lui-même, son personnel ou un transporteur indépendant. Dans la mesure où il s'agit d'une obligation contractuelle du vendeur, toute personne à qui celui-ci la confie intervient donc en qualité d'auxiliaire, dont le vendeur répond le cas échéant selon l'art. 101 CO.

4.77 Pour le surplus, toutes les règles exposées ci-dessus en matière de vente sujette à expédition à partir de l'établissement du vendeur s'appliquent évidemment au cas de l'expédition à partir d'un lieu particulier.

Ainsi, si plusieurs transporteurs successifs vont assurer l'acheminement de la marchandise du lieu particulier au lieu de destination, c'est la remise au *premier* d'entre eux en ce lieu d'exécution particulier qui opère le transfert des risques¹⁷⁴.

Le transfert des risques n'interviendra que lorsque toutes les conditions en sont *cumulativement* remplies. Si, au lieu d'exécution particulier, la marchandise n'est pas encore individualisée, ou si elle n'est pas remise à un transporteur indépendant, les risques ne passeront pas encore à l'acheteur¹⁷⁵.

4.78 Si les parties ne définissent pas un seul lieu d'expédition particulier mais une *région* — par exemple les ports allemands de la Mer du Nord — ou si elles énumèrent plusieurs lieux alternatifs — par exemple Brême, Hambourg et Lübeck —, le vendeur a la faculté d'expédier la marchandise du lieu de son

¹⁷¹ Dans le même sens, SCHÖNLE, n. 101 ss à l'art. 185 CO.

¹⁷² Cf. *supra*, ch. 4.30.

¹⁷³ Cf. *supra*, ch. 4.31.

¹⁷⁴ Cf. *supra*, ch. 4.66. Solution identique dans la Convention de Vienne, cf. *supra*, ch. 4.32.

¹⁷⁵ Cf. pour la Convention de Vienne *supra*, ch. 4.33.

choix dans cette région ou au sein de cette liste. Tout comme dans la Convention de Vienne¹⁷⁶, les risques passent dans ce cas lorsque la marchandise individualisée est remise au transporteur indépendant à l'endroit choisi par le vendeur conformément à la spécification contractuelle.

4.79 Si la convention des parties définit un seul lieu d'expédition particulier, excluant par là toute liberté de choix du vendeur, il n'y aura en principe pas transfert des risques si la marchandise est expédiée d'un autre endroit¹⁷⁷. Si la marchandise est alors fortuitement perdue ou altérée pendant le convoyage, l'acheteur peut donc la refuser, s'opposer à toute réclamation du vendeur en paiement du prix de vente (art. 82 CO) et exiger la livraison d'autres pièces du même genre.

L'exercice de ces droits par l'acheteur est néanmoins limité par l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CCS). Si le vendeur parvient à démontrer que l'acheteur invoque l'*exceptio non adimpleti contractus* de façon manifestement contraire aux règles de la bonne foi, notamment parce qu'il n'attache en réalité aucune importance particulière au lieu d'expédition spécialement convenu, le droit de l'acheteur d'exciper d'inexécution en raison d'une expédition incorrecte n'est alors plus protégé (art. 2 al. 2 CCS). Concrètement, cela signifie que tout se passe comme si le vendeur, malgré l'expédition à partir du «mauvais» endroit, avait correctement et complètement exécuté toutes ses obligations contractuelles, avec pour conséquence que les risques ont été transférés à l'acheteur lors de l'accomplissement par le vendeur du dernier acte mis à sa charge. Si la marchandise est fortuitement perdue ou altérée après ce moment, l'acheteur ne peut donc plus opposer l'exception d'inexécution (art. 82 CO) au vendeur qui lui réclame le paiement du prix sur la base des art. 119 et 185 al. 2 CO¹⁷⁸.

cc. Droit du vendeur d'interrompre le transport et conséquences éventuelles sur le transfert des risques?

4.80 Le Code des obligations ne contient pas de disposition équivalant à l'art. 71 al. 2 CV. Néanmoins, si le contrat de transport ou le droit qui lui est applicable le permet et si les conditions de l'art. 83 CO sont réalisées, on

¹⁷⁶ Cf. *supra*, ch. 4.34.

¹⁷⁷ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 102 à l'art. 185 CO. La Convention de Vienne consacre une solution de principe identique: cf. *supra*, ch. 4.35.

¹⁷⁸ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 103 à l'art. 185 CO. Selon l'opinion soutenue ici, la situation peut être réglée en des termes tout à fait comparables par la Convention de Vienne; cf. *supra*, ch. 4.35.

peut envisager que le vendeur instruisse le transporteur d'interrompre le convoyage et de ne pas délivrer la marchandise à l'acheteur, tant que celui-ci n'a pas fourni des sûretés suffisantes.

Si pendant cette interruption, la marchandise est fortuitement perdue ou détériorée, l'acheteur n'en a pas moins l'obligation d'en payer le plein prix convenu, à la condition, bien évidemment, que les risques lui aient déjà été transférés¹⁷⁹.

S'il apparaît que la mesure ordonnée par le vendeur n'était pas justifiée en droit, le vendeur ne pourra pas se prévaloir de la perte ou de la détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques pour réclamer à l'acheteur le paiement du prix. En effet, dans la mesure où cet événement fortuit a été favorisé par un acte injustifié du vendeur, celui-ci ne peut plus invoquer à son profit l'effet libératoire prévu à l'art. 119 al. 1 CO¹⁸⁰.

dd. Rôle des documents représentatifs des marchandises?

4.81 Tout comme dans la Convention de Vienne, la question des documents représentant les marchandises, de leur possession et de leur transfert est en principe étrangère au mécanisme du transfert des risques, sauf dans la mesure où l'individualisation des marchandises doit être faite au moyen de ces documents¹⁸¹.

d. Les conditions du transfert des risques dans les ventes sujettes à expédition portant sur des corps certains

4.82 De l'avis de certains auteurs, le transfert des risques dans les ventes de corps certains est exclusivement réglé par l'art. 185 al. 1 CO, quelle que soit la nature (portable, quérable ou sujette à expédition) de la dette du vendeur¹⁸².

Selon cette approche, les risques de la prestation et du prix passent à l'acheteur dès la conclusion du contrat, c'est-à-dire dès la réception de l'acceptation ou, dans les hypothèses de l'art. 6 CO, à l'expiration du délai de

¹⁷⁹ Cf. *supra*, ch. 4.46, la solution comparable de la Convention de Vienne.

¹⁸⁰ Cf. *supra*, ch. 2.134. Voir également GIGER, n. 44 à l'art. 185 CO, qui ne fait cependant pas la distinction, pourtant indispensable, entre mesure justifiée et mesure injustifiée. On parvient à un résultat analogue dans le cadre de la Convention de Vienne en appliquant l'art. 66 CV *in fine*, voir *supra*, ch. 4.46.

¹⁸¹ Cf. SCHÖNLE, n. 104 à l'art. 185 CO et *supra*, ch. 4.24.

¹⁸² SCHÖNLE, n. 41, 45, 46 et 54 à l'art. 185 CO; GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, p. 26; POROY, p. 46; CAYTAS, p. 192; BUCHER *in* RDS 1970 I, p. 281; WEBER n. 45 *in fine* à l'art. 71 CO.

refus¹⁸³. Le transfert des risques n'étant pas un *effet* du contrat au sens de l'art. 10 CO, il ne saurait remonter au moment de l'expédition de l'acceptation, voire de la réception de l'offre¹⁸⁴.

4.83 Selon l'approche défendue ici, le risque du prix dans la vente sujette à expédition portant sur des corps certains ne doit pas passer à l'acheteur lors de la conclusion du contrat.

La conclusion d'une vente avec dette sujette à expédition est une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, contenant au moins implicitement une dérogation au régime prévu par l'art. 185 al. 1 CO. Pour les motifs déjà exposés¹⁸⁵, le risque du prix ne doit donc passer à l'acheteur dans cette hypothèse qu'au moment auquel le vendeur se dessaisit de la marchandise en mains du premier transporteur aux fins de son acheminement à l'acquéreur.

A noter à ce propos qu'il n'est nullement démontré de façon convaincante que l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase ne doive s'appliquer qu'aux ventes à expédition portant sur des choses de genre. En effet, il n'y a *a priori* aucun lien logique ou syntaxique entre les deux phrases de l'art. 185 al. 2 CO qui permette d'affirmer que la marchandise visée à la seconde phrase par le mot «elle» serait «la chose déterminée par son genre» dont il est question à la première. Vu le texte de la loi, rien n'empêcherait donc de considérer que l'alinéa deux de l'art. 185 CO énumère, sans aucun lien entre eux, divers exemples de dérogations à l'alinéa premier, et que la seconde moitié du paragraphe régirait tant les ventes de corps certains que celles de choses de genre.

4.84 Les principes et règles dégagés ci-dessus en matière de vente sujette à expédition portant sur des choses de genre peuvent donc être appliqués à la vente sujette à expédition portant sur des corps certains, à l'exception, bien évidemment, de ceux qui sont spécifiques au cas des choses de genre, c'est-à-dire pour l'essentiel ceux qui ont trait à l'individualisation de la marchandise.

¹⁸³ Cf. THÉVENOZ, p. 483 et les réf. citées; voir aussi SCHÖNLE, n. 45a à l'art. 185 CO; BUCHER, A.T., pp. 119 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, t. I, nos 180 ss; KRAMER/SCHMIDLIN, n. 82 ss à l'art. 1 CO.

¹⁸⁴ Cf. art. 10 al. 1 et 2 CO; THÉVENOZ, p. 481 ss; KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 1 *in fine* à l'art. 185 CO; SCHÖNLE, n. 45a à l'art. 185 CO et les réf. citées. Avis contraire notamment chez GUHL/MERZ/KOLLER, p. 108; POROY, p. 46, ch. 1; ENGEL, p. 149; BARTH, p. 34; SCHMUTZ, p. 41; BUCHER, A.T., p. 138; CAVIN, p. 31.

¹⁸⁵ Cf. *supra*, ch. 2.121 avec les renvois et les réf. citées. Voir également KOLLER *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 14 et 15 à l'art. 185 CO, dont l'argumentation fondée sur la *ratio legis* de l'art. 185 al. 2 CO paraît toutefois discutable.

4.85 Sur le plan des effets juridiques, il faut souligner qu'il y a dans ce cas dissociation entre risque de l'impossibilité (ou de la prestation du vendeur) et risque du prix.

Le risque attaché à la prestation du vendeur, c'est-à-dire le risque pour l'acheteur de ne pas recevoir la prestation attendue ou de n'obtenir qu'une prestation incomplète ou imparfaite sans pouvoir réclamer une prestation de dédommagement ou de réparation, est transféré à l'acheteur au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁶.

Quant au risque du prix, il est transféré à l'acheteur au moment de la remise du corps certain au premier transporteur indépendant au sens défini ci-dessus, le cas échéant en un lieu d'expédition particulier spécialement convenu.

Dès lors, si le corps certain est fortuitement perdu ou altéré après la conclusion du contrat mais avant le moment du transfert du risque du prix, le vendeur est libéré de son obligation et de tout autre devoir (art. 119 al. 1 CO). Il ne doit notamment pas les éventuels restes de la chose à l'acheteur, qui n'est donc fondé ni à les réclamer ni à les conserver s'il les a déjà reçus¹⁸⁷. Pour le surplus, l'acheteur ne doit pas le prix, puisque l'événement fortuit est survenu avant le moment auquel le risque y afférent lui est transféré; si d'aventure l'acheteur l'avait déjà versé, il pourrait en réclamer le remboursement sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 CO, al. 1 et al. 2, 3e hypothèse).

4.86 Le régime proposé ici en matière de vente sujette à expédition portant sur des corps certains est donc largement comparable à celui auquel la Convention de Vienne soumet les ventes impliquant transport d'un corps certain. Dans les deux systèmes juridiques, le transfert du *risque du prix* intervient en effet lors de la remise du corps certain au (premier) transporteur pour transmission à l'acheteur.

¹⁸⁶ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss.

¹⁸⁷ L'éventuelle action du vendeur contre l'acheteur en récupération de la marchandise est en principe une action en retransmission de la propriété fondée dans son principe sur l'art. 62 CO, al. 1 et 2, 3e hypothèse. Dans le même sens, cf. VON TUHR/PETER, pp. 156 et 513.

Section C Les Incoterms (aperçu)

4.87 Seront brièvement évoqués ici les INCOTERMS instituant des régimes comparables aux ventes sujettes à expédition du Code des obligations et aux ventes impliquant transport des marchandises selon la Convention de Vienne, c'est-à-dire ceux qui règlent les cas dans lesquels:

- la marchandise doit être acheminée à l'acheteur
- sans que l'exécution du transport incombe au vendeur.

a. Principes généraux des clauses «F» et «C»

4.88 Les INCOTERMS 1990 s'articulent autour de la notion de *transport principal*, celui-ci intervenant généralement entre le dédouanement à l'exportation dans le pays du vendeur et le dédouanement à l'importation dans le pays de l'acheteur¹⁸⁸.

4.89 Dans les clauses «F», ce transport principal doit être exécuté par un convoyeur indépendant des parties¹⁸⁹, mandaté par l'acheteur¹⁹⁰. Dans les clauses «C», le convoyeur indépendant est mandaté par le vendeur.

Tout éventuel transport d'approche – ou préacheminement – jusqu'au lieu de départ du transport principal incombe au vendeur¹⁹¹.

4.90 Sous réserve des détails définis par chaque INCOTERM, le principe de base des clauses «F» est donc que le vendeur est tenu d'acheminer la marchandise jusqu'au lieu de départ du transport principal¹⁹².

Puis, en ce lieu, il doit encore exécuter son obligation de livraison telle qu'elle est définie par la clause A4 des INCOTERMS FCA, FAS ou FOB: cette livraison s'opère soit par la remise de la marchandise au transporteur (INCOTERM

¹⁸⁸ Cf. notamment GUIDE DES INCOTERMS, p. 40.

¹⁸⁹ Cf. notamment HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 167. La construction est donc comparable à celle consacrée par le Code des obligations (*supra*, ch. 4.56 ss) et par la Convention de Vienne (cf. *supra*, ch. 4.4 ss).

¹⁹⁰ Cf. clause B3 des termes FCA, FAS et FOB, INCOTERMS 1990. A noter sur ce point la similitude avec la Convention de Vienne (cf. *supra*, ch. 4.9 ss) et la différence avec le Code des obligations (cf. *supra*, ch. 4.54 s.).

¹⁹¹ Cf. notamment GUIDE DES INCOTERMS, p. 15 *in fine*. SCHÖNLE, n. 76 à l'art. 185 CO; le même, *in*: HONSELL, n. 33 à l'art. 67 CV.

¹⁹² Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 33 à l'art. 67 CV.

FCA), soit par sa remise à bord (FOB) ou le long du navire (FAS) du transporteur.

Dans son principe, le système est donc très proche de ceux auxquels la Convention de Vienne et le Code des obligations soumettent respectivement les ventes impliquant transport des marchandises ou les ventes sujettes à expédition à partir d'un lieu particulier¹⁹³.

4.91 De façon générale, le transfert des risques intervient dès l'exécution par le vendeur de son obligation de livrer¹⁹⁴, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la vente porte sur des choses de genre ou des corps certains. Si le vendeur est empêché de s'exécuter en raison d'une carence de l'acheteur — par exemple dans la désignation du transporteur, du navire ou du lieu auquel la marchandise doit être acheminée en vue de son expédition —, le transfert des risques doit néanmoins avoir lieu, le cas échéant de façon anticipée¹⁹⁵.

Si l'INCOTERM est utilisé par les parties dans le cadre d'un contrat soumis au Code des obligations, le risque transféré à l'acheteur au moment de la livraison selon les clauses A4 et A5 est celui du prix et de la prestation du vendeur, s'il s'agit d'une vente portant sur des choses de genre. Si la vente porte sur un corps certain, le risque mis à la charge de l'acheteur est le risque du prix, le risque de la prestation du vendeur lui ayant été transféré lors de la conclusion du contrat¹⁹⁶.

Si l'INCOTERM est utilisé dans le cadre d'un contrat soumis par ailleurs à la Convention de Vienne, le risque transféré à l'acheteur au moment de la livraison selon les clauses A4 et A5 est toujours celui du prix et de la prestation du vendeur, que la vente porte sur des choses de genre ou des corps certains¹⁹⁷.

En matière de choses de genre, le transfert des risques n'a cependant lieu que si la marchandise est individualisée¹⁹⁸. Cela signifie que, tout comme

¹⁹³ Pour la Convention de Vienne, cf. art. 67 al. 1, 2e phrase CV et *supra*, ch. 4.30 ss. Pour le Code des obligations, cf. *supra*, ch. 4.74 ss.

¹⁹⁴ Voir la clause A5 de chaque INCOTERM et le commentaire du GUIDE DES INCOTERMS y relatif. Voir également HEUZÉ, p. 282, ch. 374 *in initio*; EISEMANN, p. 31, ch. 18 *in initio*; DERAIS, p. 130; XUEREFF, p. 136; THIEFFRY/GRANIER, p. 113.

¹⁹⁵ Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.245 et les réf. citées.

¹⁹⁶ Cf. *supra*, 2.113d et les renvois aux ch. 2.43 ss, plus particulièrement 2.49 ss. Avis contraire chez SCHÖNLE, n. 76 à l'art. 185 CO, concernant l'INCOTERM FCA: voir à ce propos *infra*, ch. 4.97.

¹⁹⁷ Cf. *supra*, ch. 2.201 ss et 2.220.

¹⁹⁸ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 35; DERAIS, p. 133; EISEMANN, pp. 32 ss, ch. 20 s.; HEUZÉ, p. 283, ch. 375.

dans le Code des obligations¹⁹⁹ ou la Convention de Vienne²⁰⁰, le vendeur conserve les risques en cas de transport principal en vrac, dans lequel la part de chaque destinataire n'est pas encore clairement identifiée²⁰¹.

b. Principaux éléments des clauses essentielles

1. *FCA (Free carrier)*

4.92 Selon ce terme nouveau, introduit à l'occasion de la révision de 1990 des INCOTERMS et applicable à tous les types de transport, le transfert des risques²⁰² a lieu au moment auquel la marchandise, le cas échéant individualisée, a été livrée²⁰³ *au premier transporteur*²⁰⁴ indépendant au lieu ou au point désignés (par exemple terminal de transport ou autre point de réception), à la date ou dans le délai prévus pour la livraison²⁰⁵.

C'est donc en ce lieu que le vendeur exécute son obligation de livraison, ce qui signifie que l'acheminement de la marchandise jusqu'en ce lieu par ses soins, son personnel ou un indépendant est placé sous sa responsabilité, celle-ci étant réglée par le droit applicable au contrat de vente.

4.93 La solution de principe est donc analogue à celle consacrée par la Convention de Vienne à l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} ou 2^e phrase²⁰⁶. Les deux normes – art. 67 CV et FCA INCOTERM – sont de la même génération et tiennent ainsi largement compte des données du transport «*multimode*» moderne, dans le-

¹⁹⁹ Cf. *supra*, ch. 4.68 ss.

²⁰⁰ Cf. *supra*, ch. 4.21 ss.

²⁰¹ GUIDE DES INCOTERMS, p. 35 *in fine*; HEUZÉ, p. 283, ch. 375.

²⁰² Voir la clause A5 FCA et son renvoi à la clause A4.

²⁰³ Pour les modalités particulières et le moment exact de cette remise, cf. clause A4 FCA et GUIDE DES INCOTERMS, p. 53.

²⁰⁴ Lequel peut être commissionnaire-expéditeur: cf. GUIDE DES INCOTERMS pp. 51 et 53 s. ainsi que SCHÖNLE, n. 76 à l'art. 185 CO et n. 34 à l'art. 67 CV. Cette approche correspond donc à celle de la Convention de Vienne selon la solution retenue ici (cf. *supra*, ch. 4.11 ss), mais non à celle du Code des obligations (cf. *supra*, ch. 4.59 ss).

²⁰⁵ Quid si le vendeur opère une livraison anticipée ou tardive? Conserve-t-il *a contrario* les risques pendant tout le transport? Pour les motifs évoqués par HEUZÉ, p. 282 s., ch. 374, cela paraît logiquement inconcevable; il semble qu'il faille admettre dans ces cas que les risques passent à l'acheteur au plus tard au moment de la remise effective au transporteur.

²⁰⁶ L'art. 67 al. 1 CV consacre en effet le principe du transfert des risques au moment de la remise de la marchandise (en tant que de besoin individualisée) au premier transporteur, le cas échéant au lieu particulier convenu. Cf. art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} et 2^e phrases et *supra*, ch. 4.25 ss et 4.30 ss et les renvois.

quel on recourt de façon accrue à l'usage de conteneurs et à la combinaison de modes de transport sans transbordement de la marchandise (fer-routage, *roll-on/roll-off* etc.).

En effet, dans ces configurations, il a été estimé que le moment de la remise du conteneur chargé au transporteur était le dernier et le meilleur moment (a) pour opérer un contrôle de l'état de la marchandise avant convoyage et donc (b) pour y coupler efficacement le transfert des risques²⁰⁷; en retenant dès lors pour le transfert des risques le moment de la *remise au (premier) transporteur*, la Convention de Vienne et l'INCOTERM FCA se font l'écho de la pratique de la vente internationale moderne.

4.94 L'INCOTERM FCA consacre également une solution comparable au régime des ventes sujettes à expédition soumises au Code des obligations.

En effet, selon l'approche retenue ici, le transfert du risque du prix dans une vente sujette à expédition doit intervenir au moment de la remise de la marchandise – corps certain ou chose de genre individualisée – au premier transporteur indépendant aux fins de son acheminement à l'acheteur²⁰⁸.

En outre, si cette remise doit avoir lieu en un endroit particulier expressément convenu, le risque du prix ne passera qu'au moment de la remise de la marchandise au transporteur en ce lieu. Dans ce cas, c'est en ce lieu que le vendeur doit exécuter ses obligations, en particulier celle de livraison, ce qui signifie que l'acheminement de la marchandise jusqu'en cet endroit particulier est sous la responsabilité du vendeur, quelle que soit la personne – personnel du vendeur ou tiers indépendant – qui s'en occupe.

4.96 S'agissant du moment précis du transfert des risques, en particulier lorsque le contrat porte sur une cargaison, l'INCOTERM FCA²⁰⁹ retient, selon les cas, soit *l'achèvement* des opérations de chargement²¹⁰ du wagon, du bateau ou du camion, soit *le moment auquel toute la marchandise a été remise*²¹¹ au transporteur (routier, ferroviaire, maritime ou aérien), soit encore *la remise* au transporteur du conteneur chargé²¹².

²⁰⁷ Cf. HONNOLD, in HORN/SCHMITTHOFF, pp. 165 s. et les réf. citées; voir aussi SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 19 *in fine* à l'art. 67 CV.

²⁰⁸ Cf. *supra*, ch. 4.79 ss.

²⁰⁹ Clause A5 en rapport avec la clause A4.

²¹⁰ «...lorsque la marchandise a été chargée...». Cf. clause A4, ch. I, 2e paragraphe, ch. II 1er paragraphe, ch. III 1ère phrase.

²¹¹ «...lorsque la marchandise a été remise...». Clause A4, ch. I 2e paragraphe, ch. II 2e paragraphe, ch. III 2e phrase, ch. IV *in fine*, ch. V à VII.

²¹² Clause A4, ch. I 1er paragraphe, ch. IV phrases 1 et 2, ch. VII.

Contrairement à ce qui a été exposé ci-dessus dans le cadre de la Convention de Vienne et du Code des obligations²¹³, l'INCOTERM FCA – cela résulte notamment de l'usage du passé composé «...a été chargé...», «...a été remis...» – paraît donc aligner le transfert des risques sur *l'achèvement* des opérations de chargement, de transbordement ou de déchargement.

4.97 Selon SCHÖNLE, l'INCOTERM FCA transférerait, lors de la remise de la marchandise au premier transporteur, non seulement le *risque du prix* mais également celui *de la prestation du vendeur*.²¹⁴

Selon l'opinion soutenue ici, le moment du transfert du risque de la prestation est déterminé par le droit applicable au contrat, c'est-à-dire par l'art. 119 CO si la vente est soumise au Code des obligations ou par la *ratio legis* des art. 35, 36 al. 1 et 2, 45 al. 1, 66 et 79 CV si elle est soumise à la Convention de Vienne. Un INCOTERM, quel qu'il soit, se borne à définir le moment du transfert du risque du prix, en indiquant par là le dernier moment auquel le risque de la prestation doit passer à l'acheteur²¹⁵.

L'importance de cette précision apparaît notamment dans le cas d'une vente de corps certains stipulée «FCA INCOTERMS 1990 avec désignation d'un lieu particulier d'expédition» et soumise pour le surplus au Code des obligations. Si le vendeur parvient à prouver qu'il ne doit pas répondre selon les art. 97, 101, 103 ou 197 CO d'un événement qui aurait affecté la marchandise après la conclusion du contrat mais avant sa remise au transporteur, il est définitivement libéré (art. 119 al. 1 CO) et l'acheteur ne dispose plus d'aucun moyen contre lui. L'acheteur supporte donc le risque de la prestation du vendeur, alors même que le risque du prix n'a pas encore passé selon l'INCOTERM FCA choisi par les parties. Le transfert du risque de la prestation est donc bien régi par le droit applicable au contrat²¹⁶.

2. FAS (*Free alongside Ship*)

4.98 Selon les clauses A4 et A5 de cet INCOTERM, applicable au seul transport par bateau, le transfert des risques a lieu au moment auquel la marchandise est livrée «*le long du navire désigné au lieu de chargement désigné par l'acheteur au port d'embarquement convenu (...)*». La remise au transpor-

²¹³ Cf. *supra*, ch. 4.42 et 4.66.

²¹⁴ Cf. SCHÖNLE, n. 76 à l'art. 185 CO.

²¹⁵ Cf. notamment *supra*, ch. 2.113d et 2.220, et les renvois aux ch. 2.49 ss et 2.201 ss.

²¹⁶ Cf. également *supra*, ch. 2.55 ss et 2.113d.

teur n'est donc pas condition du transfert des risques²¹⁷, à la différence de ce que prévoient la Convention de Vienne (art. 67 al. 1 CV) et le Code des obligations (art. 185 al. 2 CO)²¹⁸.

Le quai le long du navire, au port d'embarquement convenu, est le lieu d'exécution des obligations du vendeur. L'acheminement de la marchandise jusqu'en ce lieu particulier est donc sous la responsabilité du vendeur selon le droit applicable au contrat de vente.

4.99 Si la marchandise est une cargaison, qui ne peut donc être déposée en une fois le long du navire désigné mais qui doit être déchargée pendant un certain temps, il semble que le *moment exact* du transfert des risques soit celui auquel ce déchargement est *terminé*²¹⁹.

A noter que, selon la Convention de Vienne et le Code des obligations, le transfert des risques dans un cas de ce genre paraîtrait plutôt devoir intervenir au fur et à mesure du déchargement le long du navire, sauf précision contraire des parties ou, dans le cadre de la Convention de Vienne, usage particulier différent applicable selon l'art. 9 CV²²⁰.

3. *FOB (Free on Board)*

4.100 Selon la clause A5 de cet INCOTERM, également applicable au seul transport par bateau, le transfert des risques a lieu lorsque la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement convenu.

4.101 Ce moment s'aligne donc sur celui de la livraison selon la clause A4, qui doit avoir lieu «*à bord du bateau désigné par l'acheteur, au port d'embarquement convenu (...)*».

Le lieu d'exécution des obligations du vendeur est donc à bord du bateau. L'acheminement de la marchandise jusqu'en ce lieu particulier est donc sous la responsabilité du vendeur selon le droit applicable au contrat de vente.

²¹⁷ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 35 à l'art. 67 CV.

²¹⁸ Cf. *supra*, ch. 4.83 ss, **4.86**.

²¹⁹ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 62, commentaire de la clause A4 FAS: «Le vendeur remplit son obligation de livraison en livrant la marchandise le long du navire désigné (...). *Une fois cette livraison effectuée*, tous les risques (...) incomberont à l'acheteur».

²²⁰ Cf. *supra*, ch. 4.37 ss, en particulier 4.42, pour la Convention de Vienne; ch. 4.66 pour le Code des obligations.

4.102 En cas de livraison d'une cargaison, le transfert des risques intervient donc, ainsi que cela a également été retenu dans le cadre de la Convention de Vienne²²¹ et du Code des obligations²²², au fur et à mesure que les pièces, caisses, sacs etc. franchissent le bastingage du bateau²²³.

4.103 A cela près que ni le Code des obligations ni la Convention de Vienne ne prévoient expressément le moment précis du *franchissement du bastingage*²²⁴, la solution de l'INCOTERM FOB correspond assez largement à celle consacrée par l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase ou par l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, qui opéreraient le transfert des risques en pareil cas lorsque la marchandise est remise au *transporteur* au lieu particulier convenu, c'est-à-dire à bord du bateau²²⁵.

4. CFR/CIF (*Cost and Freight/Cost, Insurance and Freight*)

4.104 La clause CFR, applicable au seul transport par bateau, est identique à la clause FOB, à cela près que, selon CFR, c'est le vendeur et non l'acheteur qui doit conclure le contrat de transport des marchandises jusqu'au port de destination convenu dans le contrat de vente et payer le fret²²⁶.

La clause CIF met en outre à la charge du vendeur l'obligation supplémentaire de conclure à ses frais une assurance couvrant les marchandises durant leur transport.

4.105 Selon ces deux INCOTERMS, le vendeur a l'obligation de livrer la marchandise à bord du navire (affrété par ses soins) au port d'embarquement prévu par le contrat de vente²²⁷. Comme dans une vente FCA, FAS ou FOB, l'acheminement de la marchandise jusqu'en ce lieu particulier est sous la responsabilité du seul vendeur, quelle que soit la personne – vendeur, personnel de celui-ci ou tiers indépendant – qui s'en charge.

²²¹ Cf. *supra*, ch. 4.42.

²²² Cf. *supra*, ch. 4.66.

²²³ Cf. à ce propos le commentaire et les exemples de SCHÖNLE, n. 76 à l'art. 185 CO.

²²⁴ Sauf si, selon la Convention de Vienne, la clause FOB INCOTERM est intégrée au contrat à titre d'usage conformément à l'art. 9 al. 2 CV.

²²⁵ Cf. *supra*, ch. 4.30 ss et 4.71 ss.

²²⁶ Cf. GUIDE DES INCOTERMS, p. 76; SCHÖNLE, n. 77 à l'art. 185 CO; le même, *in*: HONSELL, n. 37 à l'art. 67 CV.

²²⁷ Cf. CFR et CIF, clause A4.

Le transfert des risques selon la clause A5 est aligné sur la livraison selon la clause A4, puisqu'il a lieu au moment où la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement²²⁸. Si le contrat porte sur une cargaison, les risques passent donc à l'acheteur au fur et à mesure du chargement à bord. La solution est comparable à celle exposée ci-dessus à propos du Code des obligations et de la Convention de Vienne²²⁹.

5. CPT/CIP (*Carriage paid to/Carriage and Insurance paid to*)

4.106 Ces deux INCOTERMS, applicables à tous les types de transport, mettent à la charge du vendeur l'obligation de livrer les marchandises au transporteur ou, s'il y a plusieurs transporteurs successifs, au premier transporteur, en vue de leur acheminement jusqu'au lieu de destination convenu.

Le contrat de transport – et, selon le terme CIP, l'assurance du transport – sont à la charge du vendeur.

4.107 Comme dans tous les INCOTERMS, le transfert des risques est aligné sur l'exécution de la livraison²³⁰. Les risques passent donc à l'acheteur au moment auquel la marchandise est remise au (premier) transporteur ou commissionnaire-expéditeur indépendant²³¹.

On notera que, par rapport aux termes FAS, FOB, CFR ou CIF, les INCOTERMS CPT et CIP définissent la livraison et, corrélativement, le transfert des risques en considération d'un *transporteur* et non par référence à un moyen de transport en un lieu particulier (par exemple à *bord du navire au port d'embarquement*).

4.108 Sur le plan du transfert des risques, le principe est donc identique à celui consacré par les art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase et 185 al. 2 CO, 2^e phrase²³². Si les parties n'ont rien prévu de particulier, les risques sont transférés à l'acheteur lorsque la marchandise est remise au premier transporteur (ou expéditeur) indépendant, quel que soit son rayon d'action (transport d'approche ou transport principal)²³³.

²²⁸ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 37 à l'art. 67 CV.

²²⁹ Cf. à ce propos *supra*, ch. 4.102 s. et les renvois.

²³⁰ Cf. INCOTERM CPT ou CIP, clause A5.

²³¹ «Transporteur désigne toute personne qui, aux termes d'un contrat de transport, s'engage à effectuer ou faire effectuer un transport (...)». Cf. , p. 91.

²³² Pour le Code des obligations, cf. *supra*, ch. 4.66.

²³³ Cf. à ce propos GUIDE DES INCOTERMS, p. 92, commentaire de la clause A4.

Section D

Vue d'ensemble

4.108a Qu'elles «impliquent transport des marchandises» selon la terminologie de la Convention de Vienne, ou qu'elles soient «sujettes à expédition» selon celle du Code des obligations, les deux sortes de vente — qui sont toutes deux caractérisées par un accord des parties sur le transport de la marchandise, par les soins d'un transporteur indépendant, d'un lieu d'exécution en un lieu de destination — coïncident.

4.108b La notion de «transporteur indépendant» est néanmoins plus large dans la Convention de Vienne, qui, s'alignant en cela sur la pratique de la vente internationale, y assimile le commissionnaire-expéditeur. Alors que, selon l'interprétation dégagée ci-dessus, le Code des obligations ne paraît pas autoriser pareille juxtaposition.

En revanche, les deux systèmes juridiques confèrent la même importance à l'indépendance que doit avoir, à l'égard des deux parties, le convoyeur mis en œuvre conformément au contrat de vente. Si, dans les faits et malgré la stipulation d'une vente avec expédition de la marchandise, ce convoyeur appartient à l'organisation de l'acheteur ou du vendeur, les deux systèmes juridiques reconnaissent qu'il ne peut plus s'agir d'une vente impliquant expédition ou transport des marchandises, mais, selon les cas, d'une vente au départ (ou quérable, dans la terminologie du Code des obligations) ou à l'arrivée (ou portable, selon les termes du Code des obligations).

4.108c Lorsque les parties ne conviennent pas d'un lieu particulier auquel la marchandise, le cas échéant individualisée, doit être remise au transporteur indépendant, les deux systèmes opèrent en des termes comparables le transfert des risques au moment auquel sont cumulativement réalisées les exigences de remise — le Code des obligations parle pour sa part de dessaisissement — de la marchandise en mains d'un transporteur indépendant et, le cas échéant, d'individualisation.

Lorsqu'acheteur et vendeur conviennent d'un lieu particulier pour la remise des marchandises au transporteur, la Convention de Vienne et le Code des obligations confèrent une importance comparable au lieu dans lequel le vendeur doit remettre la marchandise au transporteur indépendant. Ce lieu est en effet celui auquel le vendeur doit, selon la Convention de Vienne, exécuter son obligation fondamentale de livraison et, selon le Code des obligations, offrir le résultat de toutes les obligations contractuelles mises à sa charge.

C'est à compter d'une telle exécution ou d'une telle offre en ce lieu que les deux systèmes transfèrent, en des termes comparables, le risque du prix à l'acheteur.

4.108d En outre, les deux systèmes juridiques reconnaissent une importance égale à l'individualisation de la marchandise, lorsque la vente avec expédition porte sur des choses déterminées par leur genre.

Aucun transfert des risques ne peut avoir lieu, ni selon la Convention de Vienne, ni selon le Code des obligations, tant que la marchandise que le vendeur destine à l'acheteur n'a pas été clairement identifiée. Selon l'interprétation retenue ci-dessus en désaccord avec certains avis contraires, cette exigence commune aux deux réglementations conduit en particulier à refuser tout transfert des risques dans les ventes impliquant expédition de marchandises en vrac ou groupées.

4.108e Enfin, à tout le moins selon l'approche défendue ici, le moment du transfert du risque du prix est le même, que ce soit dans le Code des obligations ou la Convention de Vienne, dans les ventes de corps certains et celles de choses de genre. En effet, selon les observations faites dans ce chapitre, ce risque passe à l'acheteur, selon les deux systèmes juridiques, lorsque la marchandise qui lui est destinée, corps certain ou chose de genre individualisée, est remise au transporteur indépendant, le cas échéant en un lieu d'exécution particulier expressément convenu.

Chapitre 2

Ventes de marchandises en transit

Section A

La solution de la Convention de Vienne selon l'art. 68 CV

a. Aperçu du problème

4.109 En principe, l'art. 67 CV ne peut pas s'appliquer aux cas dans lesquels, au moment de la conclusion du contrat, la marchandise qui est vendue à l'acheteur est déjà en cours de transport¹.

Il est en effet impossible, dans ces cas, d'aligner le transfert des risques sur «*la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur*» selon l'art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase, puisque, précisément, au moment de sa remise audit premier transporteur, la marchandise n'était pas encore destinée à être transmise à l'acheteur au sens de l'art. 67 al. 1 CV. Les conditions essentielles d'un transfert des risques selon l'art. 67 CV font donc défaut.

4.110 Ce cas particulier a dès lors nécessité la réglementation spéciale de l'art. 68 CV.

L'art. 68 CV se compose de trois phrases, la première constituant la règle en matière de vente de marchandises en transit, la deuxième étant une exception à cette règle et la troisième fondant elle-même une exception à la seconde.

4.111 La règle de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase, selon laquelle *les risques d'une marchandise vendue en transit sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu*, n'existait pas dans le premier projet de Convention de 1978 soumis à la Conférence diplomatique de mars 1980. L'art. 80 de ce projet (actuel art. 68 CV) énonçait en effet (a) une règle, selon laquelle les risques des marchandises vendues en transit devaient passer (rétroactivement) à l'acheteur «*à partir du moment où les marchandises sont remises au*

¹ Doit être assimilée à une marchandise « en cours de transport » la marchandise qui, au moment de la vente, ne voyage pas encore mais se trouve déjà en possession immédiate du transporteur. Dans le même sens, SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 3 à l'art. 68 CV. Avis apparemment contraire chez NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 68 CV.

transporteur qui émet les documents de transport»², et (b) une exception correspondant à l'actuelle troisième phrase de l'art. 68 CV.

Estimant inacceptable qu'un acheteur doive avoir la charge de risques éventuellement survenus avant la conclusion du contrat, certains délégués à la Conférence diplomatique³ ont demandé que la règle prévue par l'art. 80 du projet de Convention devienne une exception et soit remplacée par l'actuelle règle de l'art. 68 CV, 1ère phrase⁴.

4.112 Cela étant, l'amendement apporté à l'art. 80 du projet et devenu la règle de base de l'actuel art. 68 CV, 1ère phrase, ne sera pas forcément d'application aisée.

Dans les cas où l'on ne pourra pas dater avec précision la survenance d'un événement en cours de transport⁵, il sera en effet quasiment impossible de déterminer si la perte ou la détérioration de la marchandise pendant son transit est intervenue avant ou après la conclusion du contrat de vente, c'est-à-dire si elle est survenue aux risques du vendeur ou de l'acheteur.

Dans ces cas, par le truchement des règles générales sur la preuve, la règle de l'art. 68 CV, 1ère phrase jouera en défaveur du vendeur, puisque celui-ci, s'il entend se libérer de toute responsabilité selon les art. 45 CV ss et réclamer à l'acheteur le paiement du prix selon l'art. 66 CV, devra faire la preuve⁶ — assurément malaisée à apporter⁷ — de l'existence d'un cas de trans-

² Cette règle, reprise de l'art. 99 al. 1 de la Convention de la Haye, correspond à celle de l'actuel art. 68 CV, 2e phrase, à cela près qu'elle était censée s'appliquer quelles qu'aient pu être les circonstances.

³ Argentine, Egypte, Pakistan, République de Corée et Turquie. Cf. Documents Officiels, p. 184, *ad* art. 80.

⁴ Cf. à ce propos les délibérations de la 8ème séance plénière, *in* Documents Officiels, pp. 228-232, avec les renvois aux pp. 184 s.; voir également les comptes rendus analytiques de la 1ère Commission, *in* Documents Officiels, pp. 426-430, avec les renvois aux amendements présentés à cette Commission, Documents Officiels, pp. 136 s. Voir également HONNOLD, n. 372.1 à l'art. 68 CV; NICHOLAS, n. 1.1 ss à l'art. 68 CV; HAGER, n. 1 à l'art. 68 CV.

⁵ La détermination d'une telle date est (relativement) aisée lorsque l'événement est identifiable: incendie, voie d'eau importante, collision, panne généralisée des dispositifs de congélation, tempête etc. Elle ne l'est plus lorsque l'événement est imperceptible: infiltration d'eau, putréfaction ou contamination de la cargaison, faible augmentation de la température dans les conteneurs etc.

⁶ C'est à lui qu'il appartient de prouver que les conditions des art. 66 ss CV sont remplies; cf. HUBER, n. 84 à l'art. 31 CV et 13 à l'art. 45 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 68 CV; SCHÖNLE, *in* HONSELL, n. 32 ss., 34 à l'art. 66 CV. Pour les détails — non abordés ici — de la question du fardeau de la preuve en matière de transfert des risques, notamment dans les ventes de marchandises en transit, voir principalement IMBERG, en particulier pp. 181 ss.

⁷ Cf. HAGER, n. 3 à l'art. 68 CV; ZIEGLER U., p. 90; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 127, ch. 230.

fert des risques, c'est-à-dire la preuve de la survenance de la perte ou de la détérioration *après* la conclusion du contrat de vente.

4.113 C'était précisément pour éviter d'insolubles contestations et problèmes de preuve concernant le moment exact auquel était survenue la perte ou la détérioration de la marchandise que le projet de Convention avait retenu comme règle le principe du transfert des risques rétroagissant au moment de la remise des marchandises au transporteur. A ce moment-là, en effet, l'état de la marchandise peut être établi sans difficultés majeures⁸.

Ce but reste logiquement celui poursuivi par l'art. 68 CV, 2e phrase⁹, qui, en sa qualité d'exception à la règle générale de l'art. 68 CV 1ère phrase, doit donc s'appliquer par priorité chaque fois que ses conditions sont réalisées¹⁰.

Pour cette raison, il convient d'examiner tout d'abord les conditions de la règle spéciale de l'art. 68 CV, 2e phrase, et celles de l'exception prévue à l'art. 68 CV, 3e phrase, ce qui permettra de définir le champ d'application résiduel de la règle générale de l'art. 68 CV, 1ère phrase.

b. L'art. 68 CV, 2e phrase

1. *Conditions et champ d'application*

4.114 Selon l'art. 68 CV, 2e phrase, *«si les circonstances l'impliquent, les risques [de la marchandise vendue en transit] sont à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport»*.

Pour que le transfert des risques de marchandises vendues en transit intervienne rétroactivement, l'art. 68 CV, 2e phrase pose ainsi deux conditions principales: les circonstances doivent justifier une telle rétroactivité et les marchandises doivent avoir été remises à un transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport.

aa. Les circonstances impliquant un transfert des risques rétroactif

4.115 Dans certaines circonstances – qui seront exposées en détail ci-après – et en l'absence de convention expresse des parties, l'art. 68 CV, 2e phrase

⁸ Cf. HONNOLD, n. 372.2 à l'art. 68 CV; VON HOFFMANN, p. 293.

⁹ Cf. à ce propos HONNOLD, n. 372.2 à l'art. 68 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 2 *in fine* à l'art. 68 CV; VON HOFFMANN, p. 293.

¹⁰ Cf. HEUZÉ, p. 279.

présume que celles-ci sont tacitement convenues d'une anticipation du moment du transfert des risques lorsque des marchandises sont vendues en cours de transport. La Convention de Vienne retient donc une volonté «*objectivée*» des parties, c'est-à-dire celle qu'aurait vraisemblablement exprimée tout tiers raisonnable placé dans les mêmes circonstances s'il avait entendu régler les modalités du transfert des risques¹¹.

4.116 Selon les travaux préparatoires et les discussions lors de la Conférence diplomatique du printemps 1980¹², dont les conclusions sur ce point ont été très largement reprises par une forte majorité d'auteurs¹³, la circonstance déterminante pour un transfert des risques rétroagissant avant la conclusion de la vente serait l'existence d'une police d'assurance au nom ou à l'ordre de l'acheteur ou transférable à ce dernier, et couvrant tout le transport, y compris la partie antérieure à la conclusion du contrat.

Cette opinion majoritaire, fondée sur des éléments d'interprétation historique de la Convention de Vienne, n'est assurément pas fautive. Elle paraît néanmoins imprécise sur deux points.

Tout d'abord, les travaux préparatoires de la Convention et certains des auteurs cités ci-dessus donnent à penser que l'existence d'une police d'assurance couvrant l'intégralité du convoi, y compris la phase antérieure à la conclusion du contrat, suffirait à justifier que les risques de la marchandise vendue en transit rétroagissent avant la conclusion du contrat de vente. Or, l'existence d'une telle police d'assurance n'est en aucun cas la circonstance unique et décisive dans le cadre de l'art. 68 CV, 2^e phrase. Vu le but de l'art. 68 CV, 2^e phrase, qui est d'éviter d'insolubles contestations et problè-

¹¹ Cf. dans le même sens HONNOLD, n. 372.2 à l'art. 68 CV; NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 68 CV; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 68 CV, p. 498, 2^e alinéa; HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 68 CV; VON HOFFMANN, p. 294; GEIST, p. 352. Chaque partie est néanmoins libre de contester la solution consacrée par la Convention de Vienne, en démontrant notamment, selon les règles habituelles en matière de preuve, que les circonstances du cas ne permettent pas de présumer une volonté des parties d'opérer le transfert des risques au moment de la remise de la marchandise au transporteur.

¹² Cf. Documents Officiels, p. 228 s.

¹³ NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 68 CV; GREWAL, p. 99; HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 68 CV; HAGER, n. 4 à l'art. 68 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 82 *in fine*; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 68 CV; AUDIT, p. 91, par. 94 *in fine*; HONNOLD, n. 372.2 à l'art. 68 CV; DE VRIES, pp. 495, 502 et 508, avec néanmoins quelques doutes; BUCHER, *in Colloque de Lausanne de l'ISDC*, p. 216, ch. 4 *in fine*; GEIST, p. 352; VON HOFFMANN, p. 294; POSCH, p. 170, ch. 4 *in fine*; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 à l'art. 68 CV; ZIEGLER U., p. 90. Avis différent chez SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 12 à l'art. 68 CV. Voir également les doutes de MARCHAND, p. 196, ad n. 553 en bas de page.

mes de preuve concernant le moment exact en cours de transport auquel est survenue la perte ou la détérioration de la marchandise, la circonstance décisive doit être l'impossibilité de déterminer avec exactitude si cette perte ou détérioration fortuite est intervenue avant ou après la conclusion du contrat¹⁴. Il s'ensuit que, si le moment de la survenance de l'événement fortuit ou si l'état de la marchandise au moment de la conclusion du contrat peuvent être déterminés sans difficultés, il n'y a aucun motif de ne pas appliquer la règle de l'art. 68 CV, 1ère phrase, donc aucune raison objective d'appliquer la solution d'exception prévue à l'art. 68 CV, 2e phrase¹⁵, et cela même s'il existe une assurance couvrant l'intégralité du transport.

Ensuite, il n'est pas précisé si la couverture d'assurance offerte par cette police doit être complète ou si une couverture partielle suffit. Cela étant, il paraît tout à la fois logique et conforme aux règles de la bonne foi (art. 7 CV) que seule une assurance couvrant intégralement la marchandise contre tous les risques propres au type de transport en question peut être retenue à titre de circonstance justifiant un transfert des risques rétroagissant avant la conclusion de la vente. En effet, si la couverture d'assurance est restreinte, que ce soit sur le plan financier ou du point de vue des risques pris en charge, on n'est *a priori* pas en droit, selon les règles de la bonne foi, de présumer que la solution consacrée par l'art. 68 CV, 2e phrase, reflète la volonté qu'aurait vraisemblablement exprimée tout acheteur raisonnable placé dans les mêmes circonstances s'il avait entendu régler les modalités du transfert des risques.

4.117 Selon l'opinion défendue ici, les circonstances réservées par l'art. 68 CV, 2e phrase visent cumulativement (a) l'impossibilité de déterminer avec exactitude le moment de la survenance d'une perte ou d'une détérioration de la marchandise pendant le transport et (b) l'existence d'une assurance couvrant intégralement la marchandise contre tout risque pouvant survenir pendant toute la durée du transport¹⁶.

¹⁴ Cf. également HEUZÉ, p. 279, 2e paragraphe; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 128, ch. 230 *in fine*; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 10 s. à l'art. 68 CV, en particulier n. 11 *in fine*; MARCHAND, p. 196.

¹⁵ Cf. dans le même sens HEUZÉ, p. 279, 2e paragraphe, et AUDIT, p. 91, par. 94. Voir également MARCHAND, pp. 196 s.

¹⁶ Une police conclue avec effet rétroactif par l'acheteur après la conclusion de la vente devrait suffire. Cf. dans le même sens HAGER, n. 4 à l'art. 68 CV; NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 68 CV et les réf. citées n. 7 en bas de page. Ce genre d'assurance rétroactive est admis dans la pratique de l'assurance transport, en particulier dans le domaine du transport international: cf. à ce propos les Institute Cargo Clauses A, art. 11.2: «the Assured shall be entitled to recover for insured loss occurring during the period covered by this insurance, notwithstanding that the loss occurred before the contract of insurance was concluded, unless the Assured were aware of the loss and the Underwriters were not».

Si l'un des deux éléments fait défaut, il n'y a pas encore de circonstances dont on pourrait objectivement déduire une volonté des parties de faire passer les risques à l'acheteur avant la conclusion du contrat en dérogation au principe de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase. En effet:

- si le moment de la survenance de l'événement fortuit ou si l'état de la marchandise au moment de la conclusion du contrat peuvent être déterminés sans difficultés, il n'y a aucun motif de ne pas appliquer la règle de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase, donc aucune raison objective d'appliquer la solution d'exception prévue à l'art. 68 CV, 2^e phrase, et cela même s'il existe une assurance couvrant l'intégralité du transport;
- si l'assurance fait défaut, ou si elle ne couvre pas la partie du transport antérieure à la conclusion du contrat, ou si elle ne couvre pas tous les risques inhérents au type de transport en question, ou si elle n'offre pas une couverture financière suffisante au regard de la valeur de la marchandise, il paraît *a priori* exclu de présumer qu'un acheteur raisonnable puisse accepter le principe d'un transfert des risques rétroagissant avant la conclusion du contrat, en sorte qu'une volonté commune des parties dans ce sens ne peut davantage être présumée¹⁷, et cela même s'il est impossible de déterminer si un événement fortuit a touché la marchandise avant ou après la conclusion du contrat.

4.118 Lorsqu'aucune assurance n'est conclue, ou que l'assurance n'offre pas la couverture complète évoquée ci-dessus, l'exception prévue à l'art. 68 CV, 2^e phrase ne s'applique donc pas. Le transfert des risques a lieu dans ces cas au plus tôt au moment de la conclusion du contrat de vente, selon la règle de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase.

Avec pour conséquence que, si le vendeur ne parvient pas à démontrer¹⁸ que la marchandise était en bon état au moment de la conclusion du contrat et qu'un événement fortuit l'a touchée après le moment du transfert des risques, il ne pourra pas réclamer à l'acheteur le paiement du prix sur la base de l'art. 66 CV. Dans ce cas, le problème de preuve exposé ci-dessus¹⁹ demeure entier.

¹⁷ Cf. également NEUMAYER/MING, n. 2 *in fine* à l'art. 68 CV et les réf. citées.

¹⁸ C'est à lui qu'il appartient de prouver que les conditions des art. 66 ss CV sont remplies. Cf. *supra*, ch. 4.112; SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 32 ss à l'art. 66 CV et n. 27 à l'art. 68 CV.

¹⁹ Cf. *supra*, ch. 4.112; HAGER, n. 3 à l'art. 68 CV; SCHÖNLE, *in HONSELL*, n. 27 à l'art. 68 CV.

bb. La remise des marchandises à un transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport

4.119 L'art. 68 CV, 2e phrase a pour effet juridique de mettre les risques à la charge de l'acheteur «à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport».

La remise des marchandises à un tel transporteur est donc une condition nécessaire à l'application de l'art. 68 CV, 2e phrase²⁰. Cela n'appelle que quelques observations.

4.120 Pour qu'il puisse y avoir transfert des risques selon l'art. 68 CV, 2e phrase, il faut tout d'abord un transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport.

Il a été souligné lors de la Conférence diplomatique que les documents en question ne doivent pas nécessairement être des connaissements négociables ou d'autres papiers-valeurs négociables représentant les marchandises²¹. Il suffit qu'ils établissent l'existence d'un contrat de transport, en d'autres termes qu'ils démontrent à l'acheteur que la marchandise qu'il achète est effectivement en cours de transport²²; il ne doit donc pas nécessairement s'agir de documents dont la remise à l'acheteur opère également le transfert de propriété de la marchandise.

A noter que les documents doivent avoir été émis. La proposition du délégué norvégien d'étendre l'art. 68 CV, 2e phrase aux cas dans lesquels aucun document n'est établi — notamment lorsque le contrat de transport est conclu par ordinateur — n'a pas été retenue²³. La question risque néanmoins de resurgir, en raison de l'usage semble-t-il croissant des ordinateurs lors de la conclusion des contrats, notamment de transport. Dans la mesure où, à rigueur de texte, l'art. 68 CV, 2e phrase ne doit en principe pas s'appliquer, HERBER/CZERWENKA proposent de recourir dans ces cas à la présomption que

²⁰ Cf. HAGER, n. 4a à l'art. 68 CV.

²¹ Cf. Documents Officiels, p. 427, ch. 13 (intervention HONNOLD). Voir chez SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 7 s. à l'art. 68 CV, l'énumération des différents types de documents (papiers-valeurs et autres) satisfaisant aux exigences de l'art. 68 al. 2 CV. Voir également SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 83; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 68 CV; NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 68 CV; HAGER, n. 4a à l'art. 68 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4 à l'art. 68 CV; GEIST, p. 352; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 202; HUBER, *RabelsZ*, p. 455.

²² Cf. HERBER/CZERWENKA, n. 4 et 5 à l'art. 68 CV; NEUMAYER/MING, n. 2 à l'art. 68 CV; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 8 à l'art. 68 CV et les réf. citées.

²³ Cf. Documents Officiels, pp. 428 s., ch. 21 à 37.

les parties ont entendu transférer les risques à l'acheteur au moment où les marchandises ont été remises au transporteur avec lequel le contrat de transport a été conclu par ordinateur. Vu le but de l'exigence posée par l'art. 68 al. 2 CV, qui est de démontrer que la marchandise vendue est effectivement en transit, et compte tenu de la directive de l'art. 7 al. 2 CV, cette proposition doit être approuvée, à moins qu'il ne soit possible, toujours selon l'art. 7 al. 2 CV, d'appliquer l'art. 68 CV, 2^e phrase par analogie à ces situations²⁴.

4.121 Le *transporteur* dont il est question doit être *indépendant*²⁵.

4.122 A quel moment intervient le transfert des risques selon l'art. 68 CV, 2^e phrase lorsque le convoyage de la marchandise est assuré par *plusieurs transporteurs successifs* ?

Ce qui est déterminant pour le transfert des risques, ce sont les documents de transport qui démontrent à l'acheteur que la marchandise qu'il achète est effectivement en cours de transport, c'est-à-dire ceux sur la base desquels le contrat de vente a été conclu. C'est donc sur la remise des marchandises au transporteur qui a émis ces documents-là que doit s'aligner le transfert des risques²⁶.

4.123 Tout comme dans l'art. 67 CV, la notion importante de *remise au transporteur* ne paraît pas définie avec suffisamment de précision, à tout le moins lorsque la marchandise n'est pas une pièce unique mais une cargaison.

Lorsque l'acheteur supporte les risques du convoyage dès la remise de la marchandise au transporteur, cela signifie-t-il qu'il doit également supporter les risques liés aux opérations de remise de la cargaison au transporteur, ou le chargement de celle-ci intervient-il encore aux risques du vendeur ?

Dans le silence de la Convention de Vienne à ce propos, la solution suivante paraît conforme à l'esprit des art. 68 et 7 CV.

Au vu des observations qui viennent d'être faites²⁷, le principe de base paraît être qu'en aucun cas l'acheteur ne devrait avoir le fardeau des risques pendant une phase ou une période du transport non couverte par une assurance complète de la marchandise contre tous les risques. Dès lors, si le char-

²⁴ Cf. dans ce sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 8 *in fine* à l'art. 68 CV et les réf. citées.

²⁵ Cf. à ce propos Documents Officiels, p. 428, ch. 29. Voir également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 2 à l'art. 68 CV.

²⁶ Cf. dans le même sens HAGER, n. 4a à l'art. 68 CV et ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4 à l'art. 68 CV.

²⁷ Cf. *supra*, ch. 4.115 ss, en particulier 4.116 *in fine* et 4.118.

gement n'est pas au nombre des phases du transport couvertes par l'assurance, il devrait être exclu que l'acheteur en assume les risques.

Si l'assurance couvre également la phase de chargement, le moment exact, au cours de cette phase, à compter duquel les risques sont à la charge de l'acheteur doit être déterminé selon les critères exposés ci-dessus à propos de l'art. 67 CV²⁸.

Tout comme dans le cadre de l'art. 67 CV, demeurent réservés les cas dans lesquels, même sans convention des parties dans ce sens, le moment du transfert des risques doit être fixé par référence à un usage particulier imposé par l'art. 9 CV.

2. Effet juridique

aa. En général

4.125 Si les conditions ci-dessus sont réalisées, l'art. 68 CV, 2e phrase met les risques à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents de transport, nonobstant le fait que ce moment est antérieur à la conclusion du contrat.

Comme le relève AUDIT²⁹, «*on revient pratiquement dans ce cas à la règle qui avait été écartée; mais ses inconvénients sont alors restreints*». En effet, on retrouve l'idée maîtresse de l'art. 80, 1ère phrase, du projet de Convention³⁰, complétée néanmoins en faveur de l'acheteur par la réserve des *circumstances*. Lesquelles circonstances – en l'occurrence l'existence d'une assurance couvrant complètement la marchandise pendant tout le transport contre tous les risques – réduisent³¹ effectivement de façon considérable, voire suppriment les lourds inconvénients économiques qui seraient normalement à la charge de l'acheteur du fait d'un transfert des risques rétroagissant avant la conclusion de la vente.

4.126 Si, sur les plans économique et pratique, l'effet de l'art. 68 CV, 2e phrase paraît satisfaisant, il n'en soulève pas moins, du point de vue strictement

²⁸ Cf. *supra*, ch. 4.39 ss et les réf. citées.

²⁹ AUDIT, p. 91, ch. 94. Cf. également SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 129, ch. 231.

³⁰ Cf. *supra*, ch. 4.111.

³¹ A noter que l'acheteur qui est lui-même désigné dans la police comme bénéficiaire des prestations d'assurance les reçoit directement. Si l'ayant-droit désigné dans la police est le vendeur, celui-ci doit transférer à l'acheteur les prestations d'assurance qu'il touche ou lui céder sa créance contre l'assureur. Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.248 ss.

juridique, une importante objection au regard de l'adage «*impossibilium nulla est obligatio*»³².

Aux conditions de l'art. 68 CV, 2^e phrase, l'acheteur supporte dès avant la conclusion du contrat les risques de perte ou de détérioration de la marchandise. Cela signifie que, même si la marchandise qu'il a achetée en cours de transport a été intégralement perdue ou détruite avant le moment de la conclusion du contrat de vente, l'acheteur reste tenu d'en payer le prix (art. 66 CV)³³. Or, selon un principe général ancré semble-t-il dans la grande majorité des droits nationaux d'influence européenne occidentale, le contrat qui porte sur un objet détruit ou perdu est impossible et dès lors invalide³⁴. Il a dès lors été proposé lors de la Conférence diplomatique d'ajouter un second alinéa à l'art. 80 du projet (actuel art. 68 CV) selon lequel «*les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque les marchandises ont péri ou ont été détériorées avant la conclusion du contrat*»³⁵.

La première Commission a rejeté cette proposition, formulée par le représentant de l'Inde, et expressément maintenu la règle qui allait devenir l'art. 68 CV, 2^e phrase³⁶, manifestant par là que le contrat devait en principe conserver sa pleine validité malgré la perte ou la destruction de la marchandise avant la conclusion de la vente³⁷.

L'interprétation historique de l'art. 68 CV, 2^e phrase révèle ainsi que cette norme entend bien régler tout à la fois un problème de transfert des risques et une question touchant à la validité du contrat de vente³⁸. Cette intention, encore expressément confirmée par la teneur de la troisième phrase de l'art. 68 CV³⁹, ne paraît nullement incompatible avec l'art. 4 CV, selon

³² Cf. à ce propos les réf. citées par NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 68 CV; voir également SCHÖNLE, *Mélanges Tandogan*, p. 273, qui n'hésite pas à parler à ce propos «d'hérésies» (voir également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 à l'art. 68 CV). A noter que SCHÖNLE a apparemment quelque peu nuancé son opinion, puisque, à propos des ventes CIF de marchandises en mer qui prévoient une réglementation analogue à celle de l'art. 68 CV, 2^e phrase, il admet la validité en droit suisse d'un contrat dans lequel l'acheteur supporterait dès avant sa conclusion les risques d'une éventuelle perte fortuite de la marchandise; voir à ce propos son commentaire à l'art. 185 CO, n. 77.

³³ Sous réserve de l'exception prévue à l'art. 68 CV, 3^e phrase. Cf. *infra*, ch. 4.131 ss.

³⁴ Cf. CELSUS, *Digeste* 50, 17, 185); art. 20 CO; par. 306 BGB; par. 878 ABGB. Voir également BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 216 et les réf. qu'il cite en droit britannique.

³⁵ Cf. Documents Officiels, p. 137.

³⁶ Cf. Documents Officiels, p. 429 s., ch. 38 à 41.

³⁷ Cf. BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 216. Voir également SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht* p. 129, ch. 131.

³⁸ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 à l'art. 68 CV.

³⁹ Cf. *infra*, ch. 4.131 ss; voir dans le même sens SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 82, n. 368 en bas de page, NICHOLAS, n. 3.1 *in fine* à l'art. 68 CV, et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 16 à l'art. 68 CV.

lequel «*sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas: (a) la validité du contrat...*». Or, ainsi que cela vient d'être souligné, les deuxième et troisième phrases de l'art. 68 CV contiennent précisément des dispositions expresses de la Convention de Vienne relatives à la validité du contrat⁴⁰.

4.127 On doit donc admettre que, selon l'art. 68 al. 2 CV, un contrat de vente peut être valablement maintenu, alors même que la marchandise sur laquelle il porte a été perdue ou détruite avant sa conclusion⁴¹. L'art. 68 CV, 2e phrase, n'appelle aucune interprétation sur ce point. Il serait dès lors contraire à l'art. 7 CV, en particulier à l'impératif d'uniformité exprimé par son alinéa premier, qu'un tribunal écarte l'effet juridique de l'art. 68 CV, 2e phrase, et fasse fi de l'intention manifestée par les auteurs de la Convention de laisser en pareil cas sa pleine validité au contrat, au motif que cela conduirait à des résultats proscrits par son droit national. En présence d'un système non équivoque, tel celui mis en place par l'art. 68 CV, 2e phrase, il n'y a aucune place pour une application subsidiaire d'un droit national⁴². Le risque de telles décisions existe néanmoins, sur la base notamment de l'art. 28 CV⁴³.

bb. Validité au regard du droit suisse

4.128 Depuis sa ratification par la Suisse, la Convention de Vienne fait partie du droit suisse. Il convient donc de rechercher comment la solution particulière prévue à l'art. 68 CV, 2e phrase, peut être conciliée avec le régime prévu à l'art. 20 al. 1 CO qui, de l'avis d'une doctrine majoritaire⁴⁴, consacre le principe de la nullité des contrats dont la prestation est impossible au moment de leur conclusion.

4.129 Trois observations devraient permettre de considérer que la solution *a priori* étonnante de l'art. 68 CV, 2e phrase, n'est en réalité pas incompatible avec les principes généraux du Code des obligations.

⁴⁰ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.4 à l'art. 68 CV et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 *in fine* à l'art. 68 CV. Voilà qui devrait donc répondre au souci exprimé par le Conseil Fédéral de «voir à l'usage s'il est possible de trouver un moyen terme entre les art. 4 et 68» (cf. Message, p. 67).

⁴¹ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 14 s., principalement 15 *in initio* à l'art. 68 CV.

⁴² Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 *in fine* à l'art. 68 CV.

⁴³ Cf. HEUZÉ, p. 279 s., n. 315 en bas de page, *in fine*.

⁴⁴ Cf. à ce propos la présentation d'ensemble faite par ZIEGLER A., pp. 1 à 5 et les réf. citées.

- Selon la pratique actuelle de la vente internationale, il semble que l'objet principal dans les ventes de marchandises en transit soit avant tout la *vente de documents* en rapport avec ces marchandises (connaissements, polices d'assurances etc.) ou, plus exactement, la *vente des droits découlant de ces documents*⁴⁵. Dans cette optique «pragmatique», l'objet que les parties ont en vue lors de la conclusion de leur contrat est en principe toujours possible, en sorte que le maintien de la vente en dépit de la perte éventuelle de la marchandise ne serait pas contraire à l'art. 20 CO tel qu'il est compris par la doctrine majoritaire.
- Un nouveau courant doctrinal suggère de limiter la sanction de l'art. 20 CO aux cas d'impossibilité initiale *absolue*, c'est-à-dire aux cas dans lesquels il est *d'emblée évident* pour tout être raisonnable qu'en raison de sa nature même, la prestation envisagée ne pourra absolument pas être exécutée dans l'état actuel des choses, de la technique, des sciences, du droit etc. Le contenu du contrat est d'entrée de cause d'une absurdité tellement manifeste, que le contrat ne saurait raisonnablement avoir la moindre validité⁴⁶. L'art. 20 CO ne s'appliquerait en revanche pas aux cas d'impossibilité initiale *simple*, soient ceux dans lesquels l'impossibilité d'exécution ne peut pas être prévue à coup sûr, d'emblée et par n'importe qui, parce qu'elle est due à des circonstances plus ou moins aléatoires entourant le rapport contractuel⁴⁷. Sont notamment considérés comme tels les cas de perte ou disparition fortuite d'un corps certain avant la conclusion du contrat y relatif⁴⁸. Dans ces cas, le contrat serait maintenu, et les difficultés entre les parties soumises aux règles habituelles en matière d'inexécution des obligations⁴⁹. Selon cette approche nouvelle, le maintien du contrat selon l'art. 68 CV, 2e phrase, malgré l'éventuelle perte ou destruction fortuite de la marchandise avant la conclusion de la vente, serait donc parfaitement compatible avec les principes (réajustés) du droit suisse en matière d'impossibilité initiale.
- Enfin, il est soutenu que l'effet juridique de l'art. 20 CO, la nullité du contrat, pourrait être écarté par un accord particulier des parties⁵⁰. Or,

⁴⁵ Cf. Documents Officiels, p. 426 s., ch. 2 ss, 5. Voir également SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 82, ad note 362 en bas de page; NICHOLAS, n. 3.1 *in fine* à l'art. 68 CV.

⁴⁶ Cf. ZIEGLER A., pp. 20 ss, 21 et 25, ainsi que p. 158. Voir également KOLLER, *Schweizerisches OR*, p. 206.

⁴⁷ Cf. ZIEGLER A., même réf., en particulier, pp. 21, 23 s., 26 et 158.

⁴⁸ ZIEGLER A., p. 85.

⁴⁹ ZIEGLER A., p. 26, ch. 3.

⁵⁰ Cf. SCHÖNLE, n. 77 à l'art. 185 CO et les réf. citées; KOLLER, *Schweizerisches OR*, p. 211. *Contra*: ZIEGLER A., p. 157; MARCHAND, pp. 192 s. et les réf. citées n. 540 en bas de page; BUCHER, AT, p. 421.

ne devrait-il pas également être possible de considérer que les parties, qui concluent une vente portant sur des marchandises en cours de transport soumise à l'art. 68 CV, 2^e phrase, acceptent nécessairement le principe du transfert des risques rétroagissant avant la conclusion du contrat, et que cette acceptation, interprétée le cas échéant selon le principe de la confiance (art. 2 al. 1 CCS), constitue dès lors un accord particulier dérogeant à la règle de nullité statuée par l'art. 20 CO?

4.130 L'effet juridique de l'art. 68 CV, 2^e phrase paraît donc conciliable avec l'art. 20 CO, étant toutefois précisé que l'art. 68 CV, 2^e phrase ne s'applique — et donc qu'il ne déroge à la règle de la nullité des contrats dont l'objet est initialement impossible — que si certaines circonstances l'impliquent. En accord avec la démonstration convaincante de MARCHAND, la règle à caractère exceptionnel de l'art. 68 CV, 2^e phrase ne saurait donc être un indice que le droit uniforme de la vente prône la validité générale du contrat initialement impossible⁵¹. En dehors des cas exceptionnels dans lesquels l'art. 68 CV, 2^e phrase impose sa solution particulière, ce sont donc les règles de droit national en matière de validité des contrats qui s'appliquent, en particulier celles qui consacrent la nullité des contrats initialement impossibles.

c. Le champ d'application et les conséquences de l'art. 68 CV, 3^e phrase

4.131 La logique et le texte de l'art. 68 CV — en particulier, l'enchaînement de ses deuxième et troisième phrases — montrent que l'exception prévue à l'art. 68 CV, 3^e phrase, ne se rapporte qu'à la phrase précédente et ne saurait être une exception à l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase⁵². Ainsi que le relève NICHOLAS, la troisième phrase n'a de raison d'être que parce que la deuxième consacre l'*anomalie* du transfert des risques avant la conclusion du contrat⁵³.

⁵¹ Cf. MARCHAND, pp. 181 ss, en particulier 195 ss.

⁵² Cf. dans le même sens Documents Officiels, p. 235, ch. 18; AUDIT, p. 92; HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 68 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.1 à l'art. 68 CV; HONNOLD, ch. 372.2 à l'art. 68 CV; NICHOLAS, ch. 2.4 à l'art. 68 CV; HAGER, n. 5 à l'art. 68 CV; LINDACHER, p. 173. Avis contraire chez SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 18 à l'art. 68 CV. Sur le plan logique, voir la remarque judicieuse de HEUZÉ, p. 279, n. 315 en bas de page, qui ne voit pas en quoi la troisième phrase pourrait déroger à la première, puisque dans l'une et l'autre le vendeur supporte les risques des événements antérieurs à la conclusion du contrat.

⁵³ NICHOLAS, n. 2.4 *in fine* à l'art. 68 CV.

Dans un cas soumis en principe à l'art. 68 CV, 2e phrase, le vendeur conserve donc selon l'art. 68 CV, 3e phrase, les risques de toute perte ou détérioration de la marchandise dont il avait ou aurait dû avoir connaissance lors de la conclusion du contrat. A aucun moment ces risques-là ne passent à l'acheteur⁵⁴.

4.132 La preuve (difficile) de la mauvaise foi du vendeur ou de son ignorance⁵⁵ coupable doit en principe être apportée par l'acheteur, en tant qu'il est la partie qui va alléguer cette circonstance pour en déduire son droit de s'opposer au paiement du prix⁵⁶. Cette règle de preuve, qui est celle du droit suisse et de la grande majorité des ordres juridiques, risque donc bien, dans les faits, de rendre illusoire la protection conférée par l'art. 68 CV, 3e phrase.

4.133 L'art. 68 CV, 3e phrase, a pour effet juridique que «*la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur*». Il a été reproché⁵⁷ à cette formulation de ne pas préciser si la perte ou la détérioration ainsi mise à la charge du vendeur

- est uniquement celle qu'il connaissait ou aurait dû connaître et qu'il n'a pas dévoilée au moment de la conclusion du contrat
- ou si ces termes incluent également une autre perte ou détérioration survenue avant la conclusion du contrat de vente mais dont le vendeur ignorait l'existence, voire toute autre perte ou détérioration de la marchandise, quel qu'ait été le moment de sa survenance.

⁵⁴ Avis apparemment contraire chez HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 68 CV, qui soutiennent, contrairement à la lettre de la troisième phrase de l'art. 68 CV, que ces risques-là devraient passer à l'acheteur lors de la conclusion du contrat. A noter que seule la perte ou la détérioration que le vendeur connaissait ou aurait dû connaître reste à sa charge pour toute la durée du transport. Les risques liés à d'autres événements passent en principe à l'acheteur selon la règle de l'art. 68 CV, 2e phrase. Le point est néanmoins controversé: cf. *infra*, ch. 4.133 ss.

⁵⁵ La mesure de la connaissance que l'on eût été en droit d'attendre du vendeur s'appréciera selon les règles de la bonne foi (art. 7 al. 1 CV). Contrairement à d'autres auteurs (notamment NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 68 CV) qui exigent une négligence grave du vendeur, SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 17 à l'art. 68 CV, souligne, avec des références et des bases légales convaincantes, que la simple négligence du vendeur suffit. En tout état, il faut s'attendre, vu la similitude des règles, à ce qu'un juge suisse appliquant la Convention de Vienne s'inspire *mutatis mutandis* des principes dégagés en droit suisse interne à propos de l'art. 3 al. 2 CCS, qui sont du reste largement comparables à ceux énoncés par SCHÖNLE, *loc. cit.*

⁵⁶ Cf. dans le même sens BUCHER, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 216, ch. 4 *in fine*; SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 30 à l'art. 68 CV.

⁵⁷ Cf. principalement NICHOLAS, ch. 2.3 à l'art. 68 CV et AUDIT, p. 92.

Il en est résulté la controverse suivante.

4.134 Le texte anglais du projet soumis par la CNUDCI à la Conférence de Vienne prévoyait que, si le vendeur connaissait ou avait dû connaître la perte ou la détérioration de la marchandise survenue avant la conclusion de la vente, «*such loss or damage is at the risk of the seller*»⁵⁸. Le risque à la charge du vendeur était ainsi clairement limité à l'événement survenu avant la conclusion du contrat et que le vendeur connaissait, ou dont il ne pouvait ignorer l'existence.

Constatant que cette formulation a été abandonnée au cours des débats de la Conférence diplomatique, alors même que le délégué canadien avait encore expressément soulevé la question en séance plénière⁵⁹, NICHOLAS en infère que «*the seller is liable for all the damage which had occurred when the contract was made and for all subsequent damage which is causally connected with the original damage*»⁶⁰.

4.135 Prolongeant ce raisonnement, AUDIT considère même que «*la formulation du texte autorise (...) à faire peser sur le vendeur le risque non seulement du dommage survenu à ce moment [celui de la conclusion du contrat] mais de celui qui serait postérieur et dû à une autre cause*», avec l'avantage que cela dispense de devoir «*procéder à une ventilation*» entre les risques dont le vendeur a la charge et ceux dont il n'a pas à répondre⁶¹.

4.136 L'avis d'AUDIT s'aligne sur celui de HONNOLD, qui, lors de la Conférence diplomatique, a fait remarquer au délégué canadien que «*ce ne sont pas seulement la perte ou la détérioration intervenues avant la conclusion du contrat qui doivent être à la charge du vendeur, mais également toutes pertes ultérieures*». A son avis, la proposition canadienne implique nécessairement qu'«*il faudra déterminer quelles sont les détériorations intervenues avant et après la conclusion du contrat pour pouvoir savoir quelles sont celles qui sont à la charge du vendeur*»⁶².

Or, selon HONNOLD, une telle détermination soulève d'importantes difficultés pratiques, principalement de preuve, qu'il n'appartient pas à l'ache-

⁵⁸ Voir Documents Officiels, version anglaise, 1ère partie, p. 14.

⁵⁹ Documents Officiels, p. 235, ch. 20.

⁶⁰ Cf. NICHOLAS, ch. 2.3 *in fine* à l'art. 68 CV.

⁶¹ Cf. AUDIT, p. 92.

⁶² Cf. Documents Officiels, p. 235, ch. 21 (intervention HONNOLD).

teur de supporter vu la fraude ou la faute du vendeur⁶³. Il en va de même, à son avis, de la distinction suggérée par NICHOLAS entre, d'une part, le «*subsequent damage*» qui est à charge du vendeur parce qu'il est «*causally connected with the original damage*» et, d'autre part, tout autre «*subsequent damage*» qui ne serait pas à sa charge.

4.137 D'un avis opposé, HAGER observe que la genèse de l'actuel art. 68 CV remonte à un premier projet de 1974, qui prévoyait qu'en cas de mauvaise foi du vendeur, «*the risk of loss of goods sold in transit does not pass to the buyer*»⁶⁴. Cette approche extensive n'a pas été reprise dans les projets ultérieurs, qui ont au contraire, par les termes «*...such loss or damage...*»⁶⁵, clairement limité le risque à la charge du vendeur aux cas de perte ou de détérioration qu'il connaissait ou aurait dû connaître avant la conclusion du contrat.

Pour HAGER, les changements intervenus entre le premier projet de 1974 et celui qui a été finalement présenté par le Secrétariat de la CNUDCI à la Conférence diplomatique de mars 1980 sont un indice de la volonté des auteurs de la Convention de Vienne de limiter l'effet juridique de l'actuel art. 68 CV, 3e phrase, et de ne mettre par conséquent à la charge du vendeur que les risques liés à une perte ou une détérioration de la marchandise antérieure à la vente et qu'il ne pouvait ignorer. Ce faisant, HAGER reste conscient des problèmes de preuve que son interprétation peut entraîner⁶⁶.

4.138 On peut retenir et concilier divers éléments des approches présentées ci-dessus.

En accord avec HAGER, l'évolution des divers projets paraît révéler la volonté des auteurs de la Convention de Vienne de limiter le risque mis à la charge du vendeur de mauvaise foi. Ce qui est déterminant à cet égard, c'est le passage du premier projet de 1974 au dernier texte proposé par le Secrétariat de la CNUDCI. Les changements intervenus au cours de la Conférence diplomatique de mars-avril 1980 ne paraissent en revanche pas significatifs. En effet, ils sont l'œuvre du seul Comité de rédaction — et non de la Première Commission ou du plénum — qui, sur mandat de la Première Commission,

⁶³ Cf. HONNOLD, ch. 372.2 à l'art. 68 CV, pp. 469 *in fine* et 470.

⁶⁴ Cf. HAGER, n. 5 à l'art. 68 CV et les réf. citées n. 15 en bas de page à l'UNCITRAL Yearbook, 1974, p. 92, ch. 81, et p. 48, ch. 223.

⁶⁵ Cf. Documents Officiels, version anglaise, 1ère partie, p. 14.

⁶⁶ Cf. HAGER, n. 5 à l'art. 68 CV. Voir également ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.2 à l'art. 68 CV; HEUZÉ, par. 370, n. 315 en bas de page; NEUMAYER/MING, n. 3 *in fine* à l'art. 68 CV.

s'est efforcé de mettre au point l'énoncé de l'art. 68 CV proposé par la Commission, d'en rendre le libellé plus clair et d'en améliorer le style. Ces changements sont donc des interventions d'ordre strictement rédactionnel, avec pour conséquence qu'aucune conclusion ne doit pouvoir en être tirée sur le fond⁶⁷. Il est du reste intéressant de relever qu'à aucun moment avant le renvoi de l'art. 80 du projet (actuel art. 68 CV) devant le Comité de rédaction, la question de la portée large ou restrictive de la troisième phrase n'a été évoquée et qu'aucun mandat n'a été donné au Comité de rédaction de reformuler cette troisième phrase dans un sens ou un autre, extensif ou restrictif.

Cela étant, en accord avec NICHOLAS, il paraît également juste que le vendeur ait le risque non seulement de la perte ou de la détérioration qu'il connaissait lors de la conclusion du contrat mais aussi des dommages consécutifs à cette perte ou détérioration, soit les dommages qui sont «*causally connected with the original damage*».

Les deux approches sont donc conciliables: le vendeur doit avoir les risques (a) des seules pertes ou détériorations qu'il connaissait ou aurait dû connaître lors de la conclusion du contrat⁶⁸ et (b) de leurs éventuelles conséquences.

4.139 Il est vrai que cette solution soulève un problème de preuve, que l'interprétation extensive de HONNOLD ou d'AUDIT ne pose pas⁶⁹.

Cela étant, il faut bien voir que, quelle que soit l'approche retenue, c'est l'acheteur qui devra démontrer (a) la survenance d'une perte ou d'une détérioration avant la conclusion du contrat et (b) la mauvaise foi ou l'ignorance coupable du vendeur⁷⁰. C'est là la preuve de loin la plus difficile à apporter. Or, si l'acheteur y parvient, il ne devrait plus être difficile de prouver que tel événement, quel que soit le moment de sa survenance, est la conséquence logique de la perte ou de la détérioration dont le vendeur a le risque.

En outre, en accord avec HEUZÉ⁷¹, l'idée de *sanction* derrière l'approche extensive suggérée par HONNOLD et d'AUDIT — en raison de sa faute, voire de

⁶⁷ Cela ressort clairement des Documents Officiels, p. 235, ch. 18, 20 et 22.

⁶⁸ Le vendeur qui a la charge des risques liés à ces événements survenus entre le début du transport et la conclusion du contrat bénéficie de la couverture de l'assurance-transport et dispose le cas échéant de droits contre le transporteur. Si l'acheteur est en possession de documents permettant au vendeur de faire valoir ces droits, il est tenu de les mettre à sa disposition, à la condition que ses propres prétentions (par exemple en restitution du prix, cf. *infra*, ch. 4.140) soient garanties (art. 71 CV par analogie). Voir également ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.3 à l'art. 68 CV.

⁶⁹ Cf. *supra*, ch. 4.136 *in fine*.

⁷⁰ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 29 à l'art. 68 CV.

⁷¹ Cf. HEUZÉ, ch. 370, n. 315 en bas de page *in fine*.

sa fraude, le vendeur doit désormais supporter tous les risques et leurs conséquences, sans distinction – ne paraît pas autorisée par l'art. 68 CV, 3e phrase, dont la portée est limitée à une question précise en matière de transfert des risques. La réglementation des rapports entre les parties en cas de vices du consentement, notamment la nécessité et la manière de sanctionner un dol du vendeur, est étrangère à l'art. 68 CV et, du reste, à la Convention de Vienne dans son ensemble. Il ne se justifie dès lors nullement de privilégier une telle approche, au (seul) motif qu'elle faciliterait l'administration des preuves.

4.140 Il est vrai, enfin, que l'approche préférée ici implique également une division du fardeau des risques⁷², apparemment peu pratique:

- sont aux risques du vendeur, conformément à l'art. 68 CV, 3e phrase, la perte ou la détérioration que le vendeur connaissait ou aurait dû connaître et dont il n'a pas informé l'acheteur, de même que leurs conséquences;
- les autres événements fortuits survenus après le moment du transfert des risques selon l'art. 68 CV, 2e phrase, au nombre desquels les événements dont le vendeur a informé l'acheteur et pour lesquels celui-ci n'a formulé aucune réserve en concluant le contrat⁷³, sont à la charge de l'acheteur.

En réalité, cette dissociation ne devrait pas être source de difficultés.

En effet, le maintien à la charge du vendeur des risques liés aux événements qu'il connaissait ou aurait dû connaître a pour corollaire que l'acheteur dispose contre le vendeur des moyens prévus aux art. 45 ss CV⁷⁴.

Or, il faut bien voir que, dans tous les cas de perte et dans la grande majorité des cas de détérioration, l'attitude du vendeur constituera une contravention essentielle au contrat, conférant à l'acheteur la faculté de se départir du contrat, de refuser de payer le prix et de récupérer le cas échéant d'éventuels acomptes déjà versés (art. 25, 49 al. 1 litt. a et 81 CV)⁷⁵.

Ainsi, même si la marchandise vient encore à être fortuitement altérée aux risques de l'acheteur, celui-ci, s'il est parvenu à prouver la mauvaise foi ou l'ignorance coupable du vendeur au sens de l'art. 68 CV, 3e phrase, pourra dans la quasi-totalité des cas se soustraire définitivement aux effets du trans-

⁷² Cf. HAGER, n. 5 *in fine* à l'art. 68 CV.

⁷³ Art. 68 CV, 3e phrase, *a contrario*. Voir dans le même sens PILTZ, p. 154, ch. 197 *in fine*.

⁷⁴ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 20 à l'art. 68 CV.

⁷⁵ Voir également HONNOLD, ch. 372.2 *in fine* à l'art. 68 CV.

fert des risques en se départant du contrat, sans que la dissociation du fardeau des risques évoquée ci-dessus ne fasse problème.

d. La portée (résiduelle) de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase

4.140 Au vu de ce qui précède, l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase s'applique dans les trois hypothèses résiduelles suivantes:

- au moment de la conclusion du contrat, l'état de la marchandise vendue en cours de transport peut être déterminé avec précision;
- le moment de la survenance d'une perte ou d'une détérioration de la marchandise vendue en cours de transport peut être déterminé avec précision;
- ni l'état de la marchandise au moment de la conclusion du contrat, ni le moment de la survenance d'une perte ou d'une détérioration de la marchandise vendue en cours de transport ne peuvent être déterminés avec précision, mais aucune assurance ne couvre l'intégralité du transport en faveur de l'acheteur.

e. Le cas particulier du transport en vrac

4.141 L'art. 68 CV paraît appelé à régler avant tout des ventes de corps certains: dans bon nombre de cas, la marchandise vendue à l'acheteur en cours de transport sera en effet une cargaison ou un objet déjà clairement individualisé avant la conclusion du contrat, le cas échéant par divers documents (contrat de transport, police d'assurance).

Il est cependant parfaitement envisageable qu'un vendeur vende en cours de transport à un ou plusieurs acheteurs différentes parts d'une cargaison de pétrole, céréales, charbon, etc embarquée en vrac. Les risques passent-ils également dans ce cas lors de la conclusion du contrat (art. 68 CV, 1^{ère} phrase), voire lors de la remise de la cargaison au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport (art. 68 CV, 2^e phrase)?

4.142 Selon un principe général, l'acheteur ne doit supporter les risques liés à la perte ou la détérioration d'une marchandise ou d'une cargaison que si celle-ci lui est clairement destinée. L'idée est principalement d'éviter tout éventuel abus de la part du vendeur⁷⁶.

⁷⁶ Cf. *supra*, ch. 4.17 ss, en particulier 4.20 ss.

Dans la vente de choses déterminées par leur genre, cette exigence est satisfaite par l'individualisation de la marchandise (art. 67 al. 2 et 69 al. 3 CV).

La vente en cours de transport d'une certaine quantité de marchandises à prélever sur une cargaison transportée en vrac étant une vente de choses de genre⁷⁷, un transfert des risques ne peut donc avoir lieu qu'à la condition que la part destinée à l'acheteur ait été clairement individualisée, et cela même si l'art. 68 CV ne le précise pas expressément. Dans le silence de l'art. 68 CV sur ce point, il y a lieu d'appliquer la solution de l'art. 67 al. 2 CV à titre de principe général dont la Convention de Vienne s'inspire⁷⁸.

Or, dans la mesure où la cargaison est convoyée en vrac, il n'y a logiquement aucune possibilité d'individualiser la part de l'un ou l'autre acheteur avant le déchargement à l'arrivée, en sorte que, dans la plupart des cas, les risques ne seront transférés qu'à ce moment-là au plus tôt.

4.143 Cela étant, on peut imaginer que l'acheteur auquel une partie de la cargaison a été vendue en cours de transport accepte, en dérogation au principe ci-dessus (art. 6 CV), de supporter dans une mesure proportionnée à l'importance de son achat les risques d'une éventuelle perte ou détérioration fortuite survenant après le moment prévu par l'art. 68 CV, 1^{ère} ou 2^e phrase: l'acheteur a par exemple acquis la moitié de la cargaison transportée en vrac. Le quart de celle-ci est fortuitement altéré après le moment du transfert des risques; l'acheteur ne reçoit donc que la moitié des trois quarts restants, soient trois huitièmes, mais paye le prix convenu pour la moitié. Il supporte donc les risques à concurrence du quart de sa commande.

Une telle acceptation doit néanmoins être expresse. Sous réserve de circonstances, négociations, habitudes ou usages particuliers qui imposeraient un autre résultat (art. 8 et 9 CV), il paraît en tout état exclu qu'un tel accord puisse être simplement déduit du fait que l'acheteur a conclu la vente après avoir été informé que la marchandise vendue était transportée en vrac⁷⁹.

⁷⁷ Plus précisément, une vente de choses déterminées par leur appartenance à un genre limité.

⁷⁸ Cf. art. 7 al. 2 CV. Dans le même sens GEIST, p. 352, ch. II *in fine*; HAGER, n. 6 à l'art. 68 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 83. Voir également Documents Officiels, pp. 428 s., ch. 21 et 32, ainsi que SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 4 et 5 à l'art. 68 CV.

⁷⁹ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 5 à l'art. 68 CV. Voir également *supra*, ch. 4.23 et les réf. citées chez HONNOLD. Avis contraire chez HAGER, n. 6 à l'art. 68 CV.

Section B

La vente de marchandises en transit selon le Code des obligations – comparaison avec la Convention de Vienne

4.144 Le Code des obligations ne règle pas expressément cette question. Dans la mesure où il ne s'agit de toute évidence pas d'un cas appréhendé par l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, ce sont les règles générales qui s'appliquent, c'est-à-dire:

- l'art. 185 al. 1 CO, si les marchandises vendues en cours de transport sont des corps certains;
- ou l'art. art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase, si la vente porte sur une certaine quantité à prélever sur une cargaison convoyée en vrac.

4.145 Dans le premier cas, le transfert des risques a lieu lors de la conclusion du contrat. Dans le second, lors de l'individualisation de la part destinée à l'acheteur. Les solutions correspondent donc, respectivement, à celle de la règle générale de l'art. 68 CV, 1ère phrase, et à celle, non écrite, découlant d'une application analogique de l'art. 67 al. 2 CV.

Le Code des obligations ne consacre aucune règle comparable à l'importante exception prévue par l'art. 68 CV, 2e phrase. Un transfert des risques rétroagissant au moment de la remise de la marchandise au transporteur paraît ainsi *a priori* exclu, principalement en raison de l'incompatibilité d'une telle solution avec l'art. 20 CO pour le cas où la marchandise vendue aurait péri entre l'expédition et la conclusion du contrat.

4.146 Cela étant, vu les récents développements proposés par certains auteurs⁸⁰, il n'est pas exclu que la doctrine et la jurisprudence suisses, se fondant par exemple sur les *circonstances particulières* réservées par l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, proposent, pour les cas de vente de marchandises en cours de transport soumis au Code des obligations, de développer une solution alignée sur celle consacrée par l'art. 68 CV, 2e phrase.

Trois raisons au moins pourraient justifier cette révision:

- le réajustement de la portée de l'art. 20 CO, en particulier la limitation du champ d'application de la nullité et la faculté d'écarter cette sanction par un accord particulier des parties⁸¹;

⁸⁰ Cf. *supra*, ch. 4.129 et les réf. citées.

⁸¹ Cf. *supra*, ch. 4.129 et 4.130.

- la nécessité que les solutions du droit suisse de la vente soient cohérentes, tant sur le plan interne (Code des obligations) que sur le plan international (Convention de Vienne et éventuellement Code des obligations);
- le fait que la solution de l'art. 68 CV, 2e phrase est, d'un point de vue pratique, d'une application plus facile, notamment sous l'angle de l'administration des preuves⁸².

Le cas échéant, il n'est donc pas exclu que les *circumstances* retenues par l'art. 68 CV, 2e phrase soient évoquées à l'avenir dans le cadre de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* pour fonder une nouvelle dérogation aux règles du Code des obligations en matière de transfert des risques.

⁸² Cf. SCHÖNLE, n. 77 à l'art. 185 CO, qui admet la validité de la solution de l'art. 68 CV, 2e phrase, et de toute autre solution analogue, en la qualifiant de «zweckmässiger Regelung».

Section C

Les Incoterms (aperçu)

4.147 L'INCOTERM CIF ou CFR complété par la mention *afloat* ou *schwimmend* vise le cas des marchandises vendues au cours de leur transport par mer⁸³.

Selon les clauses A5/B5 de ces deux INCOTERMS, l'acheteur supporte en principe les risques à compter du moment où la marchandise a passé le bas-tillage du navire au port d'embarquement. Appliqués à la vente en cours de transport, ces termes signifieraient donc que l'acheteur, tout comme dans l'art. 68 CV, 2e phrase, devrait supporter les risques rétroactivement, à partir d'un moment antérieur à la conclusion du contrat.

4.148 La Chambre de Commerce Internationale, tout en marquant une préférence pour cette solution plus pratique du transfert des risques au moment de la remise de la marchandise au transporteur, n'a toutefois pas voulu trancher la question.

Ainsi, elle réserve également l'autre possibilité, savoir celle du transfert des risques au moment de la conclusion du contrat, en précisant que la solution dépendra en définitive du droit applicable au contrat de vente⁸⁴.

4.149 Dès lors, si, conformément à l'art. 1 al. 1 litt. a CV, le droit applicable à une vente CFR ou CIF *afloat* est la Convention de Vienne, la solution retenue devrait être celle, plus pratique, de l'art. 68 CV, 2e phrase⁸⁵, dont les conditions d'application — impossibilité de déterminer le moment de la perte ou de la détérioration, existence d'une assurance couvrant tout le transport en faveur de l'acheteur et bonne foi du vendeur — devront néanmoins être réalisées.

Si la Convention de Vienne n'est pas applicable selon l'art. 1 al. 1 litt. a CV mais que les parties ont leurs établissements dans des Etats différents et que les règles de droit international privé renvoient au droit suisse, la Convention de Vienne sera néanmoins applicable en tant que droit suisse de la vente internationale (art. 1 al. 1 litt. b CV)⁸⁶, avec pour conséquence que c'est en principe à nouveau l'art. 68 CV, 2e phrase qui réglera une vente CFR ou CIF *afloat*.

⁸³ Voir ch. 14 de l'introduction aux INCOTERMS 1990. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 25 à l'art. 68 CV.

⁸⁴ INCOTERMS 1990, ch. 14 de l'introduction.

⁸⁵ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 26 à l'art. 68 CV.

⁸⁶ Cf. *supra*, ch. 1.4.

Enfin, si le droit applicable est le droit suisse interne, c'est-à-dire le Code des obligations, la solution du transfert des risques rétroactif ne sera pas nécessairement proscrite par l'art. 20 CO, dans la mesure où, comme on vient de le voir, (a) cet article ne concernerait que des cas d'impossibilité absolue auxquels n'appartient pas l'état de fait visé ici et (b) la sanction qu'il prévoit, la nullité, pourrait être écartée par accord des parties⁸⁷.

⁸⁷ Cf. *supra*, ch. 4.129 s. et SCHÖNLE, n. 77 à l'art. 185 CO.

Chapitre 3

Ventes «au départ» ou «à l'arrivée» – Dettes quérables ou portables

Section A

La solution de la Convention de Vienne selon l'article 69 CV

4.150 Il résulte du texte de son alinéa premier *in initio* que l'art. 69 CV est une norme résiduelle¹ en matière de transfert des risques, qui exprime le principe général applicable aux cas qui ne sont pas régis par une autre disposition.

Ce qui est important dans la précision de l'alinéa premier *in initio*, c'est que l'art. 69 CV n'entend pas régler les cas dans lesquels le vendeur a l'obligation de remettre la marchandise à un transporteur². Cela permet de délimiter les champs d'application respectifs des art. 67 et 69 CV, en particulier 69 al. 2 CV, dont l'état de fait peut être assez proche de celui de l'art. 67 CV³. Qu'en outre, l'art. 69 CV ne s'applique pas aux cas de vente de marchandises en transit tombe sous le sens.

4.151 A noter que la norme résiduelle de l'art. 69 CV se divise elle-même en une exception (art. 69 al. 1 CV) et une clause résiduelle (art. 69 al. 2 CV).

En effet, il apparaît à la lecture de l'art. 69 al. 2 CV *in initio* que l'application de l'alinéa premier est limitée aux ventes dans lesquelles l'acheteur est tenu de retirer la marchandise dans un établissement du vendeur⁴.

Avec pour conséquence que l'art. 69 al. 2 CV vise, en qualité de norme résiduelle, tous les autres cas de vente non réglés par les art. 67, 68 et 69 al. 1 CV.

¹ Cf. SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 129, ch. 232.

² Cf. SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 204; NEUMAYER/MING, n. 1 à l'art. 69 CV; HONNOLD, ch. 373 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1 à l'art. 69 CV.

³ Sur les délimitations entre les art. 67 et 69 CV, cf. *infra*, ch. 4.192 ss.

⁴ Cf. HAGER, n. 2 à l'art. 69 CV; HONNOLD, ch. 373 à l'art. 69 CV; NICHOLAS, n. 2.1 à l'art. 69 CV; POSCH, p. 171; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 69 CV; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 204.

a. Ventes «au départ» ou sur place – art. 69 al. 1 CV

4.152 L'art. 69 al. 1 CV règle le transfert des risques dans les cas de ventes dites «*au départ*» ou «*sur place*», c'est-à-dire celles dans lesquelles l'acheteur doit retirer les marchandises en un établissement du vendeur.

Il distingue à ce propos deux cas, selon (a) que l'acheteur retire effectivement les marchandises (art. 69 al. 1, 1^{ère} demi-phrase) ou (b) qu'il ne les retire pas en temps voulu (art. 69 al. 1, 2^e demi-phrase).

1. *Les conditions de l'art. art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase*

aa. Mise à disposition des marchandises

4.153 Selon l'art. 69 al. 1 CV, l'acheteur est censé retirer les marchandises en un établissement du vendeur.

L'état de fait visé par l'art. art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase est ainsi celui de l'art. 31 litt. c CV, ce qui suppose que le vendeur mette à son établissement les marchandises à la disposition de l'acheteur⁵.

Par la mise à disposition à son établissement, le vendeur exécute son obligation de livraison (art. 31 litt. c CV). L'établissement du vendeur est donc lieu d'exécution de l'obligation de livraison⁶.

4.154 Cette mise à disposition implique en tout cas:

- que les marchandises soient individualisées, s'il s'agit de choses de genre;
- et que l'acheteur ait connaissance de la livraison.

4.155 L'exigence d'*individualisation* résulte expressément de l'art. 69 al. 3 CV. Les précisions apportées à ce propos dans le cadre de l'art. 67 al. 2 CV⁷ valent également ici.

A noter que, dans les cas visés par l'art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase, dans lesquels le transfert des risques a lieu au moment auquel l'acheteur *retire* effectivement les marchandises *individualisées*, l'exigence de l'indivi-

⁵ Cf. dans le même sens ZIEGLER U., p. 87; HAGER, n. 2 à l'art. 69 CV; le même, *Gefährtragung*, pp. 398 s.; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 1 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 69 CV. A noter que l'exigence de la mise à disposition est encore expressément confirmée par la 2^e demi-phrase.

⁶ Cf. GEIST, p. 352 *in fine*; HAGER, n. 3 à l'art. 69 CV.

⁷ Cf. *supra*, ch. 4.17 ss.

dualisation n'est jamais source de difficultés. En effet, dans ces cas, l'individualisation intervient au plus tard au moment du retrait de la marchandise par l'acheteur, ce qui coïncide donc – sans le différer – avec le moment du transfert des risques fixé par l'art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase.

L'exigence d'individualisation prend en revanche toute son importance dans l'hypothèse visée par l'art. art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase, lorsque l'acheteur ne retire pas en temps voulu la marchandise qui a été mise à sa disposition. En effet, selon la règle de l'art. 69 al. 3 CV, seuls les risques d'une marchandise individualisée peuvent être transférés à l'acheteur⁸.

4.156 Que l'acheteur doive être informé de la mise à disposition est un impératif logique, implicitement intégré à l'état de fait de l'art. 69 al. 1 CV. En effet, on ne peut raisonnablement attendre aucune démarche en vue de la prise de livraison de la part d'un acheteur qui n'a pas été informé, d'une manière ou d'une autre, que la marchandise est à sa disposition.

Cela implique en principe que le vendeur⁹ avise l'acheteur que la marchandise est à sa disposition¹⁰.

Un tel avis n'est toutefois pas nécessaire lorsqu'une date ou une période déterminée par des dates ont été arrêtées pour la mise à disposition et la prise de livraison¹¹. Dans ces cas, l'acheteur sait en effet quand la marchandise est à sa disposition; avec pour conséquence que, sauf avis contraire du vendeur l'informant d'un éventuel retard ou d'une mise à disposition anticipée¹², il doit partir de l'idée que la marchandise est effectivement à sa disposition dès la date contractuellement prévue et qu'il doit donc venir la chercher comme convenu, sans qu'un avis particulier du vendeur dans ce sens soit requis¹³.

En revanche, si le moment ou la période de prise de livraison par l'acheteur n'est pas défini, ou n'est défini qu'en termes relatifs – par exemple «*mise à disposition: deuxième quinzaine de juin – prise de livraison: dans les trente jours de la mise à disposition*» – ladite mise à disposition ne sera parfaite qu'après réception par l'acheteur d'un avis du vendeur¹⁴.

⁸ Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.163 ss.

⁹ Ou, le cas échéant, le responsable de son entrepôt, ou encore le transporteur; cf. SEVON, p. 205.

¹⁰ Cf. Documents Officiels, p. 31, ch. 16, et p. 71, ch. 7; HAGER, n. 4 à l'art. 69 CV et n. 4 à l'art. 58 CV; NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 69 CV; ZIEGLER U., p. 88.

¹¹ Par exemple «à disposition dès le 1er juillet 1995» ou «prise de livraison du 1er au 31 juillet 1995».

¹² Cf. à ce propos *infra*, ch. 4.159.

¹³ Cf. dans le même sens HONNOLD, ch. 374 in fine à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.3 in initio à l'art. 69 CV.

¹⁴ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.3 in initio à l'art. 69 CV.

4.157 Dans le prolongement de ce qui vient d'être dit, il faut souligner que l'avis doit être *reçu* par l'acheteur.

En effet, ainsi que cela a déjà été relevé et bien que l'art. 69 al. 1 CV ne le dise pas expressément, l'information de l'acheteur est une exigence logique, implicitement intégrée à l'état de fait de l'art. 69 al. 1 CV¹⁵. Dès lors, pour que l'acheteur ait une telle connaissance, il faut au moins que l'avis soit *parvenu* dans sa sphère de puissance¹⁶, même s'il n'en prend pas personnellement connaissance.

Corollaire de ce qui précède, l'art. 27 CV ne s'applique pas à la communication de l'avis du vendeur, qui supporte donc les risques de son acheminement¹⁷.

4.158 Selon certains auteurs, la mise à disposition au sens de l'art. 69 al. 1 CV présupposerait que le vendeur ait préparé une marchandise conforme, en particulier emballée selon les spécifications contractuelles ou les usages (art. 35 al. 2 litt. d CV)¹⁸.

Cette approche, suggérée peut-être par le Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI à l'art. 81 du projet¹⁹ (actuel art. 69), méconnaît que la livraison de marchandises défectueuses ou non conformes aux exigences contractuelles ou légales, notamment à celles de l'art. 35 CV, n'est pas un obstacle au transfert des risques²⁰.

Lequel peut dès lors parfaitement intervenir, alors même que les marchandises mises à la disposition de l'acheteur et retirées par lui ne sont pas conformes ou mal emballées etc.

¹⁵ Cf. également ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.3 à l'art. 69 CV, qui, observant que l'état de fait de l'art. 69 al. 1 CV et la problématique qu'il aborde sont apparentés à ceux de l'art. 69 al. 2 CV, incluent pour leur part, par analogie avec l'état de fait de l'al. 1, l'exigence de l'al. 2 selon laquelle «l'acheteur *sait* que les marchandises sont mises à sa disposition».

¹⁶ Cf. art. 24 CV, qui paraît pouvoir être appliqué par analogie, en tant que principe général dont la Convention de Vienne s'inspire (art. 7 al. 2 CV), à tous les cas dans lesquels une communication doit parvenir à une partie.

¹⁷ Cf. la doctrine quasi unanime à ce propos: ROTH, p. 300; NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 4 à l'art. 58 CV et 4 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 4.3 et 8 à l'art. 69 CV; PILTZ, ch. 204.

¹⁸ Cf. notamment POSCH, p. 171; NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 69 CV; SEVON, p. 205.

¹⁹ Documents Officiels, p. 71, ch. 7 du commentaire de l'art. 81.

²⁰ Voir à ce propos *supra*, ch. 3.34 ss. Dans le même sens, GEIST, p. 353, n. 32 en bas de page.

4.159 Si une date ou une période ont été définies pour la mise à disposition, celle-ci doit intervenir au moment ou pendant le temps contractuellement prévus²¹.

Si le vendeur met la marchandise à disposition de façon anticipée, l'acheteur peut refuser d'en prendre livraison (art. 52 CV) sans pour autant tomber sous le coup de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase. Dans ce cas, le vendeur conserve les risques jusqu'au moment où ils sont transférés à l'acheteur par l'art. 69 al. 1 CV, 1ère ou 2e demi-phrase²².

Si l'acheteur prend livraison de la marchandise mise à disposition de façon anticipée, les risques lui sont en principe transférés à ce moment-là, soit «lorsqu'il retire les marchandises» (art. 69 al. 1 CV, 1ère phrase)²³.

Si le vendeur met à disposition avec retard, l'acheteur peut résoudre le contrat si les conditions de l'art. 49 al. 1 litt. b CV sont remplies. Dans ce cas, il ne se pose aucun problème de transfert des risques. S'il ne résout pas le contrat, s'il est déchu du droit de le faire (art. 49 al. 2 litt. b CV) ou si le vendeur a livré dans le délai supplémentaire qui lui a été imparti en sorte que les conditions d'une résolution ne sont plus réalisées, l'acheteur doit alors retirer les marchandises dans un délai raisonnable qui court dès qu'il a reçu l'avis que les marchandises sont à sa disposition. S'il ne retire pas les marchandises dans ce délai, c'est l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase qui s'applique.

bb. Le retrait des marchandises par l'acheteur

4.160 Le transfert des risques selon l'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase intervient au moment auquel l'acheteur retire les marchandises à l'établissement du vendeur.

L'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase suppose donc concrètement un transfert de la possession du vendeur à l'acheteur²⁴. Peu importe, en revanche, que le retrait soit l'œuvre de l'acheteur lui-même, de son personnel ou d'un tiers indépendant – transporteur, par exemple – mandaté par l'acheteur²⁵. Il suffit

²¹ Cf. art. 33 litt. a et b CV.

²² Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 69 CV.

²³ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 69 CV et les réf. citées; ROTH, p. 306, qu'une solution contraire étonnerait; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 7 à l'art. 69 CV; AUDIT, ch. 93, n. 3 en bas de page; NICHOLAS, n. 3.2 à l'art. 69 CV; HEUZÉ, ch. 372.

²⁴ Cf. HONNOLD, n. 374 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 3 à l'art. 69 CV; PILTZ, ch. 202; HERBER/CZERWENKA, n. 2 à l'art. 69 CV.

²⁵ Cf. HERBER/CZERWENKA, n. 2 *in fine* à l'art. 69 CV.

que celui qui retire la marchandise puisse être considéré comme possédant pour le compte de l'acheteur.

4.161 De la seconde demi-phrase de l'art. 69 al. 1 CV on peut déduire que le retrait de la marchandise par l'acheteur doit intervenir «*en temps voulu*».

Cela signifie que l'acheteur doit retirer la marchandise:

- soit au moment ou dans le délai contractuellement définis²⁶;
- soit dans un délai raisonnable après qu'il a reçu l'avis que la marchandise est à sa disposition, si le vendeur n'a lui-même pas mis la marchandise à sa disposition à la date ou pendant la période contractuellement définies²⁷;
- soit, si une date ou une période précises pour la prise de livraison n'ont pas été définies, dans un délai raisonnable après qu'il a reçu l'avis que la marchandise est à sa disposition²⁸.

2. *Les conditions de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase*

4.162 L'état de fait des deux variantes de l'art. 69 al. 1 CV ne diffère que sur un point essentiel: dans la première variante, l'acheteur retire la marchandise mise à sa disposition, alors que dans la seconde, il ne le fait pas.

Les autres conditions énumérées ci-dessus sont donc également celles de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase, avec néanmoins quelques précisions.

aa. Mise à disposition d'une marchandise individualisée

4.163 Exigence commune aux deux variantes de l'art. 69 al. 1 CV, le vendeur doit avoir mis dans un de ses établissements la marchandise à la disposition de l'acheteur.

Tout comme dans l'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase, les marchandises doivent être individualisées pour qu'il y ait mise à disposition: en effet, il n'y a pas de mise à disposition et, partant, pas de transfert des risques aussi

²⁶ Cf. dans le même sens GEIST, p. 353. Voir également l'exemple 81 A cité par le Secrétariat de la CNUDCI dans son Commentaire du projet de Convention, *in Documents Officiels*, p. 70 *in fine*.

²⁷ Voir également l'exemple 81 C cité par le Secrétariat de la CNUDCI dans son Commentaire du projet de Convention, *in Documents Officiels*, p. 71. Cela implique que l'acheteur n'a pas fait usage des moyens prévus à l'art. 49 al. 1 litt. b CV.

²⁸ Cf. HAGER, n. 4 à l'art. 69 CV, n. 2a à l'art. 60 CV et n. 4 s. à l'art. 58 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 à l'art. 69 CV.

longtemps que les marchandises ne sont pas *clairement identifiées aux fins du contrat* (art. 69 al. 3 CV *a contrario*)²⁹.

4.164 Certains auteurs³⁰ considèrent néanmoins que, dans les cas dans lesquels l'individualisation ne peut être effectuée qu'au moment du retrait des marchandises par l'acheteur — par exemple en cas de vente de biens fongibles (pétrole, autres liquides, charbon, céréales etc..) qui ne sont individualisés qu'au fur et à mesure du remplissage des camions/bateaux/wagons de l'acheteur —, les risques devraient être transférés à l'acheteur en demeure, nonobstant l'absence d'individualisation, à l'expiration du délai pendant lequel il aurait dû retirer les marchandises.

4.165 Cette interprétation — que NICHOLAS fonde notamment sur le texte de l'art. 98 al. 2 de la Convention de la Haye de 1964, dont aucun des projets successifs de la Convention de Vienne n'a pourtant repris l'idée — ne paraît autorisée ni par la lettre de l'art. 69 al. 3 CV³¹, ni par le but de l'individualisation³², ni enfin par les travaux préparatoires de la Convention de Vienne.

En outre, ainsi que le relève également HEUZÉ, il serait surprenant qu'un acheteur, même en raison de sa demeure, ait les risques d'une marchandise que l'individualisation n'a pas encore rendue juridiquement indisponible et que le vendeur peut dès lors librement «livrer à d'autres que celui de ses clients auquel il envisageait de la destiner»³³.

Enfin, admettre cette approche dans le cas particulier de l'art. 69 CV alors que, dans les cas de vente impliquant transport des marchandises, c'est la règle stricte de l'individualisation (art. 67 al. 2 CV) qui s'applique en toutes hypothèses³⁴, reviendrait à consacrer, au sein des règles de la Convention de Vienne sur le transfert des risques, une incohérence vraisemblablement contraire à la directive de l'art. 7 al. 1 CV³⁵.

²⁹ Cf. dans le même sens HAGER, n. 4 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 69 CV; NICHOLAS, n. 2.2 à l'art. 69 CV; HONNOLD, ch. 378 à l'art. 69 CV.

³⁰ Cf. NICHOLAS, n. 3.1 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 8 *in fine* à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 11 à l'art. 69 CV; AUDIT, ch. 93, apparemment plus hésitant.

³¹ Cf. dans le même sens HEUZÉ, p. 282, ch. 373 *in fine*.

³² Cf. *supra*, ch. 4.17 et les réf. citées.

³³ Cf. HEUZÉ, p. 282, ch. 373 *in fine*.

³⁴ Y compris celle du transport en vrac. Cf. *supra*, ch. 4.17 ss, 4.22 et 4.23.

³⁵ Cf. également HONNOLD, ch. 378 à l'art. 69 CV, qui renvoie à ce propos à ses développements relatifs à l'art. 67 al. 2 CV, dans lesquels il n'avait pas admis un transfert des risques en l'absence d'individualisation d'une cargaison en vrac, sauf convention contraire expresse des parties dans ce sens.

Ainsi, si la demeure de l'acheteur peut, à certaines conditions³⁶, accélérer le transfert des risques, un retard ou une inaction de l'acheteur empêchant l'identification de la marchandise aux fins du contrat restent sans effet sur le transfert des risques, qui ne pourra intervenir au plus tôt qu'au moment de l'individualisation³⁷. Cette solution a l'avantage d'être conforme à la lettre et à l'esprit clairs de la loi (art. 69 al. 3 CV) et d'assurer au sein de la Convention de Vienne l'uniformité et la cohérence en matière d'individualisation. Le vendeur pour sa part n'est pas laissé à la merci de l'acheteur négligent, puisqu'il conserve, en raison de la contravention — le cas échéant essentielle — de l'acheteur, les moyens prévus aux art. 45 ss.

bb. Information de l'acheteur de la mise à disposition

4.166 Tout comme l'art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase, l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase implique nécessairement que l'acheteur ait été averti d'une façon ou d'une autre que la marchandise qui lui est destinée est effectivement à sa disposition: l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase ne s'applique pas si le non-retrait de la marchandise par l'acheteur est imputable au fait qu'il n'a pas été informé de ce qu'elle était à sa disposition.

Ce qui a été dit ci-dessus³⁸ à propos de l'information due à l'acheteur peut donc être repris ici.

4.167 Ainsi, par les termes «mise à disposition», l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase entend en réalité *mise à disposition effective et information précise et complète à l'acheteur lui permettant de prendre livraison de la marchandise dès que ou, plus rarement, pendant qu'elle est effectivement à sa disposition.*

cc. Demeure de l'acheteur de prendre livraison, constitutive d'une contravention au contrat

4.168 Selon le texte de l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase, le transfert des risques a lieu lorsque les marchandises individualisées sont mises à la disposition de l'acheteur et que celui-ci, pourtant dûment informé, *commet une contravention en n'en prenant pas livraison en temps voulu.*

³⁶ Cf. *supra*, ch. ch. 2.243 ss, **2.245**.

³⁷ Cf. *supra*, ch. 2.247. Avis apparemment contraire chez SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 12 à l'art. 69 CV. A noter que le vendeur conserve dans cette hypothèse, en raison de la contravention de l'acheteur.

³⁸ Cf. *supra*, ch. 4.156 s.

4.169 L'hypothèse principale visée par l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase est celle dans laquelle l'acheteur, en contravention au contrat³⁹, ne *retire pas en temps voulu* la marchandise effectivement mise à sa disposition. Il n'en «prend pas livraison» dit la Convention de Vienne.

Dans ce cas, bien que la dette ait été stipulée quérable avec transfert des risques au moment de la prise de livraison par l'acheteur à l'établissement du vendeur, l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase, par exception à la règle de la première demi-phrase, opère le transfert des risques à l'échéance – le *temps voulu* – à laquelle la prise de livraison doit avoir lieu. L'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase est ainsi un cas d'application du principe selon lequel la demeure de créancier de l'acheteur peut entraîner un transfert anticipé des risques⁴⁰.

Par «temps voulu», il faut entendre

- soit la *date ou la période contractuellement prévues pour la livraison*⁴¹,
- soit un *délai raisonnable*⁴² à compter de la réception par l'acheteur de l'information que les marchandises sont à sa disposition, lorsqu'une telle information est nécessaire⁴³.

4.170 Selon une opinion très largement majoritaire⁴⁴, l'art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase s'applique également, bien qu'il ne le dise pas expressément,

³⁹ A noter que le non-retrait de la marchandise peut ne pas être une contravention au contrat, auquel cas le transfert des risques est réglé selon la première demi-phrase de l'art. 69 al. 1 CV. Cf. sur ce point *infra*, ch. 4.172.

⁴⁰ Cf. *supra*, ch. 2.242.

⁴¹ Cf. à ce propos l'art. 60 CV en rapport avec l'art. 33 litt. a et b CV. Cf. également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 3 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 4 à l'art. 69 CV; Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI *in* Documents Officiels, p. 70, ch. 3 du commentaire à l'art. 81 du projet (actuel art. 69), exemples 81 A et 81 B.

⁴² Cf. HAGER, n. 4 et 5 à l'art. 58 CV, notes 9 et 12 en bas de page; le même, n. 2a à l'art. 60 CV, note 6 en bas de page; le même, n. 4 à l'art. 69; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 à l'art. 69 CV; NICHOLAS, n. 2.2 *in fine* à l'art. 69 CV.

⁴³ Une telle information étant nécessaire lorsque l'accord des parties ne prévoit pas de date ou période précises pour la prise de livraison, ou encore lorsque le vendeur n'a lui-même pas mis la marchandise à la disposition de l'acheteur à la date ou pendant la période contractuellement définies (cf. *supra*, ch. 4.156 et 4.161).

⁴⁴ Cf. SCHLECHTRIEM, p. 83, n. 374 en bas de page; le même, Internationales UN-Kaufrecht, pp. 129 s., ch. 232; NEUMAYER/MING, n. 4 à l'art. 69 CV; VON HOFFMANN, p. 295; ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT, n. 2 à l'art. 69 CV; Message du Conseil fédéral, ch. 234.34; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 69 CV; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 15 à l'art. 69 CV. Avis contraire mais peu motivé chez NICHOLAS, n. 3.4 à l'art. 69 CV et 3.3 à l'art. 67 CV, et chez AUDIT, ch. 95, n. 3 en bas de page.

à l'acheteur qui, dans un contrat prévoyant le paiement au moment de la mise à disposition des marchandises (art. 58 al. 1 CV), refuse sans droit ou néglige de payer le prix, de sorte que le vendeur doit retenir la marchandise en garantie de ses droits (art. 71 al. 1 CV). Ce cas est donc assimilé à une demeure de l'acheteur de retirer les marchandises. Il doit en aller de même lorsque l'acheteur néglige de faire ouvrir ou confirmer par une banque l'accréditif contractuellement convenu, de sorte que le vendeur peut lui opposer l'*exceptio non adimpleti contractus*, voire retenir la marchandise selon l'art. 71 al. 1 CV⁴⁵.

Cette approche paraît conforme au principe général à la base de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase (art. 7 al. 2 CV), qui est de ne pas pénaliser le vendeur en lui laissant le fardeau des risques d'une marchandise qui ne peut pas être remise à l'acheteur en raison d'une contravention de sa part.

Bien que l'acheteur qui refuse de s'acquitter du prix ou de faire ouvrir un accréditif ne refuse pas à proprement parler la marchandise, il n'en crée pas moins, par une contravention à son obligation contractuelle de payer, une situation dans laquelle le vendeur, pour la sauvegarde de ses droits, est contraint de conserver la chose qu'il lui doit. Il en résulte pour le vendeur l'obligation supplémentaire de conserver la marchandise (art. 85 CV), inconvénient qu'il n'aurait pas si l'acheteur s'exécutait régulièrement. La pénalisation du vendeur serait donc excessive si, en plus de cette obligation de garde, on appliquait l'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase à cette situation, avec pour conséquence que le vendeur devrait encore supporter les risques jusqu'au moment du retrait des marchandises par l'acheteur. Il semble dès lors juste de soumettre l'acheteur qui refuse sans droit de s'acquitter du prix ou d'ouvrir un accréditif contractuellement convenu au même régime que celui qui refuse sans droit la marchandise, et, donc, de lui faire supporter les risques de la chose à compter de son refus injustifié de payer⁴⁶.

A noter que NICHOLAS paraît fonder son avis contraire sur le fait que la Conférence diplomatique a rejeté une proposition de la délégation australienne d'ajouter à l'art. 81 du projet de Convention (art. 69 actuel) un alinéa selon lequel *«les marchandises sont réputées avoir été mises à la disposition de l'acheteur même si, conformément aux dispositions de l'art. 54 [actuel art. 58], la remise à l'acheteur des dites marchandises ou des documents qui*

⁴⁵ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 15 à l'art. 69 CV; Message du CF, ch. 234.34.

⁴⁶ Si le refus de l'acheteur de payer est justifié (cf. par exemple art. 71 al. 1 litt. b CV), son comportement ne constitue plus une contravention au contrat, avec pour conséquence que ce n'est pas la deuxième mais la première demi-phrase de l'art. 69 al. 1 CV qui s'applique. Cf. *infra*, ch. 4.172.

les représentent a été suspendue en attendant le paiement du prix»⁴⁷. Or, à la lecture du compte-rendu des débats de la Première Commission de la Conférence diplomatique, il semble au contraire que l'amendement australien – de même qu'un amendement allemand qui lui était semblable – n'ait finalement pas été retenu au motif que la situation qu'il visait était déjà appréhendée par l'alinéa premier de l'art. 81 du projet⁴⁸. Cela tend donc à confirmer que l'actuel art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase doit également s'appliquer au cas de l'acheteur qui, dans un contrat prévoyant le paiement au moment de la mise à disposition des marchandises, refuse sans droit de s'acquitter du prix.

4.171 Dans le prolongement de ce qui précède, certains auteurs proposent d'appliquer l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase à tous les cas de vente avec dette quérable dans lesquels la marchandise ne peut pas être mise à la disposition de l'acheteur en raison de l'inexécution par celui-ci d'un ou plusieurs actes préparatoires, contractuellement ou légalement prévus (art. 60 litt. a et b CV) et nécessaires à l'exécution par le vendeur de son obligation de livraison⁴⁹.

Sur le plan des principes, cette approche est correcte. L'inexécution injustifiée par l'acheteur d'un acte sans lequel le vendeur est empêché de s'acquitter de son obligation de livraison doit de façon générale opérer le transfert des risques, et cela même si, selon la norme applicable à la vente en question, ce transfert ne devrait avoir lieu qu'au moment de la livraison⁵⁰.

Cela étant, il faut bien voir que, concrètement, ce principe général ne s'applique que de façon très limitée dans le cas particulier de la dette quérable visée à l'art. 69 al. 1 CV. Rares sont en effet les actions de l'acheteur dont l'absence empêchera le vendeur de livrer la marchandise, c'est-à-dire, selon l'art. 31 litt. c CV, de la mettre à la disposition de l'acheteur⁵¹. Tout au plus peut-on imaginer que l'acheteur doive «*spécifier la forme, la mesure ou d'autres caractéristiques des marchandises*» (art. 65 al. 1 CV). Or, même s'il ne le fait pas, le vendeur n'en est pas pour autant empêché de s'exécuter,

⁴⁷ Cf. NICHOLAS, n. 3.4 *in fine* à l'art. 69 CV; Documents Officiels, p. 137 *in fine* et pp. 430 s., ch. 50 à 59.

⁴⁸ Cf. Documents Officiels, p. 431, ch. 54, 58 et 59. SCHLECHTRIEM, p. 83 *in fine* et les réf. citées n. 374 en bas de page.

⁴⁹ Cf. PILTZ, ch. 202; NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.1 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 4 à l'art. 69 CV; SCHLECHTRIEM, p. 83 *in fine*; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 11 à l'art. 69 CV; VON HOFFMANN, p. 295 *in fine*. Voir également le Message du Conseil fédéral, ch. 234.34.

⁵⁰ Cf. *supra*, ch. 2.245 ss et les réf. citées. Demeure réservé le cas particulier du refus de l'acheteur de participer à l'individualisation (cf. *supra* ch. 4.165 et les réf. citées).

⁵¹ Dans le même sens SCHMUTZ, p. 127.

puisqu'il l'art. 65 CV l'autorise le cas échéant à procéder lui-même à cette spécification.

4.172 En tout état, pour qu'il y ait transfert des risques anticipé selon l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase, la demeure de créancier de l'acheteur au sens qui vient d'être défini doit encore constituer une *contravention au contrat*⁵².

En principe, à moins que l'acheteur ne soit autorisé⁵³ à refuser la marchandise⁵⁴ ou à retenir le prix⁵⁵, le simple fait que l'acheteur ne prenne pas livraison en temps voulu ou refuse de s'acquitter du prix constitue une telle contravention, puisqu'il s'agit d'une violation des obligations mises à sa charge par le contrat et les art. 53 ss CV et 60 litt. b CV. Selon les cas, il pourra même s'agir d'une contravention essentielle au contrat au sens de l'art. 25 CV, ouvrant au vendeur le droit de résoudre le contrat conformément à l'art. 64 al. 1 litt. a CV.

A noter que, s'il est établi que l'acheteur a objectivement agi contrairement au contrat en ne prenant pas livraison de la marchandise en temps voulu, le fait qu'il puisse s'exonérer selon l'art. 79 CV de toute responsabilité en rapport avec cette inexécution n'effacera pas cette qualification de contravention au contrat et ne retardera donc pas le moment du transfert des risques. Peu importe, par exemple, que la cause du non-retrait de la marchandise par l'acheteur soit une mesure administrative de dernière minute frappant tous les transporteurs, y compris celui mandaté par l'acheteur pour prendre livraison de la marchandise; en effet, la possibilité de l'acheteur de s'exculper selon l'art. 79 CV ne change rien au fait que la marchandise n'a pas été retirée en temps voulu, ce qui est objectivement contraire au contrat. Il s'ensuit que, lorsque toutes les conditions de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase sont réalisées, le transfert des risques a lieu au moment prévu par cette disposition, quand bien même l'acheteur a pu s'exculper conformément à l'art. 79 CV. En d'autres termes, l'exonération de l'acheteur, qui ne porte au demeurant

⁵² Cf. également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 à l'art. 69 CV.

⁵³ Si l'acheteur est autorisé à refuser la marchandise ou à retenir le prix, son comportement ne constituera pas une contravention au contrat. L'une des conditions cumulatives de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase n'étant ainsi pas réalisée, c'est l'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase qui s'applique, avec pour conséquence que le vendeur a le fardeau des risques jusqu'à ce que l'acheteur retire effectivement les marchandises.

⁵⁴ En raison par exemple de ses défauts (cf. art. 46 al. 2 ou 3 CV, ainsi que SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 14 à l'art. 69 CV et NEUMAYER/MING, n. 12 en bas de page à l'art. 69 CV) ou d'une livraison anticipée (cf. art. 52 al. 1 CV et *infra*, ch. 4.177; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 14 à l'art. 69 CV).

⁵⁵ Cf. art. 71 al. 1 litt. b CV.

que sur les dommages-intérêts (art. 79 al. 5 CV), n'a aucun effet sur le transfert des risques⁵⁶.

3. *L'effet juridique*

4.173 Ainsi que cela a déjà été largement évoqué au cours des paragraphes qui précèdent, chacune des deux variantes de l'art. 69 al. 1 CV a son effet juridique propre.

aa. La règle

4.174 L'art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase énonce la règle en matière de dettes quérables: les risques sont transférés à l'acheteur au moment, le cas échéant contractuellement convenu, auquel il retire les marchandises à l'établissement du vendeur.

Il s'agit du *cas normal*. La norme répond à l'un des objectifs de la Convention de Vienne en matière de risques, qui est d'en laisser le fardeau à la partie la mieux à même de surveiller la marchandise, de contracter une assurance pour la couvrir ou d'agir contre un tiers responsable d'un éventuel dommage causé à la chose vendue⁵⁷. Dans les ventes au départ soumises à l'art. 69 al. 1 CV, la marchandise est, jusqu'au moment de son retrait par l'acheteur, sous le contrôle et la garde exclusifs du vendeur, «*qui est le mieux à même, à la fois de prévenir les causes de dommages, et de remédier à ceux qui pourraient éventuellement survenir*»⁵⁸ et qui a en outre généralement contracté des assurances pour couvrir les conséquences des sinistres susceptibles d'affecter les marchandises entreposées dans ses locaux. L'acheteur, pour sa part, n'est à l'évidence pas dans une position aussi avantageuse⁵⁹. Il est donc juste que les risques restent au vendeur jusqu'à ce que la maîtrise des marchandises passe à l'acheteur, c'est-à-dire jusqu'à ce que celui-ci les retire⁶⁰ effectivement.

⁵⁶ Cf. SCHLECHTRIEM, p. 83; NEUMAYER/MING, n. 3 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 4 *in fine* à l'art. 69 CV et les réf. citées; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 5.1 à l'art. 69 CV; GEIST, p. 353, ch. 1 *in fine*; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 14 *in fine* à l'art. 69 CV.

⁵⁷ Cf. HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 168; AUDIT, p. 90.

⁵⁸ HEUZÉ, p. 280, ch. 371.

⁵⁹ Cf. également NICHOLAS, n. 2.1 *in fine* à l'art. 69 CV.

⁶⁰ S'agissant de la définition exacte du moment de ce retrait, et donc du transfert des risques qui y est couplé, les principes évoqués *supra*, ch. 4.37 ss doivent également valoir ici, à défaut d'usage ou de convention expresse ou implicite contraires.

4.175 On ne saurait cependant laisser les risques indéfiniment au vendeur, dans l'attente que l'acheteur s'exécute. Celui-ci est tenu, on l'a vu, de retirer la marchandise en temps voulu. S'il ne le fait pas, et que cette inaction constitue une contravention au contrat, les risques lui sont transférés, alors même que la marchandise est encore sous le contrôle exclusif du vendeur. C'est la solution d'exception prévue par l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase.

bb. L'exception

4.176 Si les conditions de l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase sont cumulativement vérifiées, les risques passent à l'acheteur au dernier moment auquel il aurait pu retirer la marchandise sans commettre de contravention au contrat⁶¹, c'est-à-dire:

- soit à l'heure de fermeture des bureaux le jour prévu pour la prise de livraison;
- soit à l'heure de fermeture des bureaux le dernier jour du délai prévu pour la prise de livraison⁶²;
- soit au terme d'un délai raisonnable après que l'acheteur a reçu l'information que la marchandise est à sa disposition à l'établissement du vendeur, si aucune échéance particulière n'a été prévue.

Le fait que le vendeur ait consenti à l'acheteur un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations selon l'art. 63 al. 1 CV n'est pas un obstacle au transfert des risques à l'un ou l'autre des moments ci-dessus⁶³. Une telle prolongation de délai a pour seul effet d'empêcher le vendeur, pendant toute la durée du délai supplémentaire, de se prévaloir des moyens dont il dispose en cas de contravention de l'acheteur au contrat (art. 63 al. 2 CV).

A noter que, si l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises ou à en payer le prix, le vendeur a, aux conditions de l'art. 85 CV et malgré le transfert des risques à l'acheteur, un devoir de garde et de conservation de la chose⁶⁴. Avec pour conséquence que, même si la marchandise périt par cas fortuit après le moment du transfert des risques, le vendeur peut le cas échéant être déchu de son droit de réclamer le prix à l'acheteur au titre du transfert

⁶¹ Cf. BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 78.

⁶² Cf. à ce propos l'exemple 81 B cité par le Secrétariat de la CNUDCI dans son Commentaire du projet de Convention, *in Documents Officiels*, p. 70 s.

⁶³ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 12 *in fine* à l'art. 69 CV. Message du CF, ch. 234.34.

⁶⁴ Cf. également SEVON, Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 195 *in fine*. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 13 *in fine* à l'art. 69 CV.

des risques, s'il est établi qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour assurer la conservation de la marchandise, et que celle-ci n'aurait pas été atteinte par le cas fortuit si ces mesures avaient été prises⁶⁵.

cc. Deux cas particuliers: la mise à disposition anticipée et la mise à disposition tardive.

4.177 Si le vendeur met la marchandise à disposition plus tôt que prévu et que l'acheteur refuse cette livraison ainsi qu'il en a le droit⁶⁶, les obligations de mise à disposition et de prise de livraison restent soumises aux conditions de temps initialement prévues. Malgré la mise à disposition, l'art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase est inapplicable car il n'y a pas de contravention au contrat⁶⁷. Le transfert des risques aura donc lieu:

- soit au moment auquel l'acheteur retirera les marchandises (art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase), à la condition qu'il le fasse (a) à la date ou dans le délai initialement convenus ou (b) si rien de tel n'a été convenu, dans un délai raisonnable à compter du moment auquel la mise à disposition de la marchandise à l'établissement du vendeur aurait normalement dû intervenir;
- soit, s'il ne retire pas la marchandise à la date ou pendant le délai initialement convenus ou pendant le délai raisonnable, à l'échéance de cette date ou de l'un ou l'autre de ces délais (art. 69 al. 1 CV, 2e demi-phrase).

Si le vendeur met la marchandise à la disposition de l'acheteur de façon anticipée et que celui-ci la retire immédiatement, c'est-à-dire sans attendre une éventuelle échéance raisonnable ou contractuellement prévue, le transfert des risques intervient au plus tard au moment de ce retrait⁶⁸. C'est le principe général de l'art. 69 al. 1 CV, 1ère demi-phrase.

4.178 Si le vendeur ne met pas la marchandise à la disposition de l'acheteur à la date ou dans le délai convenus et que l'acheteur entende néanmoins accepter la livraison sans faire usage des facultés que lui réserve l'art. 49 al. 1 litt. b CV, les risques lui sont transférés quand il retire effectivement les

⁶⁵ L'acheteur conserve dans ce cas contre le vendeur des moyens fondés sur les art. 45 ss et 85 ss CV (cf. également HUBER, n. 67 à l'art. 31 CV). Il ne supporte donc pas le risque de la prestation, ni, par conséquent, celui du prix.

⁶⁶ Cf. art. 52 al. 1 CV et ROTH, p. 306.

⁶⁷ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 14 à l'art. 69 CV.

⁶⁸ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 10 à l'art. 69 CV; HAGER, *Gefahrtragung*, p. 407; SEVON, *Colloque de Lausanne de l'ISDC*, p. 204.

marchandises auprès du vendeur (art. 69 al. 1 CV, 1^{ère} demi-phrase) ou, s'il ne le fait pas dans un délai raisonnable à compter de la réception de l'information que la marchandise est à sa disposition, à l'échéance de ce délai (art. 69 al. 1 CV, 2^e demi-phrase)⁶⁹.

b. Ventes avec remise à l'acheteur en un lieu autre qu'un établissement du vendeur – art. 69 al. 2 CV

1. Conditions

4.179 L'art. 69 al. 2 CV s'applique à tous les cas

- dans lesquels «*l'acheteur est tenu de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur*»
- et qui ne sont pas visés par les art. 67, 68 ou 69 al. 1 CV⁷⁰.

Dans ces cas, il a pour effet juridique d'opérer le transfert des risques «*lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu*».

La juxtaposition des éléments ci-dessus permet d'identifier les conditions d'application de l'art. 69 al. 2 CV: le contrat doit prévoir l'obligation de l'acheteur de retirer les marchandises en un lieu d'exécution distinct d'un établissement du vendeur (ci-après *aa*), auquel ce dernier doit les *mettre à sa disposition (le cas échéant individualisées)* (ci-après *bb*). En outre, l'acheteur doit être informé de la mise à disposition (ci-après *cc*) et la livraison doit «*être due*» (ci-après *dd*).

aa. Un contrat fondant l'obligation de l'acheteur de retirer les marchandises en un lieu d'exécution distinct d'un établissement du vendeur

4.180 Pour que l'art. 69 al. 2 CV s'applique, il faut que le contrat de vente prévoie l'obligation de l'acheteur «*de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur*».

Contrairement à ce que cette première phrase pourrait laisser entendre, l'art. 69 al. 2 CV ne s'applique pas à tous les contrats dans lesquels l'ache-

⁶⁹ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 15 *in fine* à l'art. 69 CV et les réf. citées.

⁷⁰ Cf. *supra*, ch. 4.151.

teur doit *retirer* la marchandise en un lieu autre qu'un établissement du vendeur. Ainsi, l'art. 69 al. 2 CV ne régit pas les cas soumis à l'art. 67 CV⁷¹, dans lesquels l'acheteur serait également *tenu de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur*, par exemple au port ou à la gare auxquels la marchandise a été acheminée par le transporteur indépendant en mains duquel le vendeur s'est acquitté de son obligation de livraison (art. 31 litt. a CV).

La systématique des art. 66 ss CV, en particulier les rapports entre les art. 67 et 69 CV, démontre donc que l'art. 69 al. 2 CV ne peut s'appliquer qu'aux hypothèses *résiduelles* dans lesquelles le contrat impose à l'acheteur de retirer les marchandises en un lieu d'exécution distinct d'un établissement du vendeur.

4.181 Cela étant, bien que l'existence d'un contrat prévoyant une obligation de l'acheteur de *retirer* la marchandise en un lieu d'exécution distinct d'un établissement du vendeur soit une condition d'application de l'art. 69 al. 2 CV, le transfert des risques selon cette norme a lieu, non quand l'acheteur retire la marchandise, mais quand «*la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition*» au lieu contractuellement défini⁷².

Le transfert des risques selon l'art. 69 al. 2 CV est ainsi indépendant d'un éventuel retrait des marchandises par l'acheteur⁷³; ce qui est déterminant — et c'est du reste là ce qui distingue les deux alinéas de l'art. 69 CV —, c'est que le vendeur ait créé les conditions d'une prise en charge par l'acheteur⁷⁴.

⁷¹ La réserve de l'art. 69 al. 1 CV *in initio* est en effet également applicable à l'art. 69 al. 2 CV; cf. *supra*, ch. 4.150 et BUCHER, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215, litt. c *in fine*.

⁷² Art. 69 al. 2 CV, 2e demi-phrase. Selon certains auteurs, cités *supra*, ch. 4.158, la mise à disposition ne serait parfaite au sens de l'art. 69 al. 2 CV que si les marchandises sont conformes au contrat selon l'art. 35 al. 2 CV. Ainsi que cela a déjà été relevé (même réf.), la conformité des marchandises n'est pas une condition du transfert des risques, en sorte que celui-ci peut avoir lieu dès la mise à disposition des marchandises, même si celles-ci sont mal emballées ou présentent des défauts etc. Voir dans le même sens GEIST, p. 353, note 32 en bas de page.

⁷³ Cf. dans le même sens GEIST, p. 353, ch. 2. A noter que, s'ils n'ont pas été transférés plus tôt, les risques passeront à l'acheteur au plus tard au moment de ce retrait. Cf. *infra*, ch. 4.190.

⁷⁴ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 2.1 à l'art. 69 CV; PILTZ, p. 156, ch. 203.

bb. Obligation du vendeur de livrer les marchandises à l'acheteur en un lieu autre qu'un de ses établissements

4.182 Le lieu particulier, distinct d'un établissement du vendeur, auquel l'acheteur doit retirer la marchandise est donc corrélativement le lieu d'exécution des obligations de livraison et de mise à disposition incombant au vendeur.

Ce lieu peut être:

- l'entrepôt, voire la fabrique⁷⁵, d'un tiers, ou encore un entrepôt exploité par une autorité⁷⁶;
- le domicile ou un établissement de l'acheteur⁷⁷;
- un autre lieu particulier, tel le quai le long duquel le bateau est déchargé au port de destination⁷⁸.

Sauf si la marchandise destinée à l'acheteur se trouve déjà lors de la conclusion du contrat au lieu d'exécution convenu — on peut imaginer par exemple qu'elle est déjà dans l'entrepôt du tiers où l'acheteur doit en prendre livraison (art. 31 litt. b CV) —, son acheminement en cet endroit est une obligation du vendeur. L'art. 69 al. 2 CV s'applique ainsi en principe aux contrats prévoyant une dette portable du vendeur⁷⁹. Du point de vue du transfert des risques, il ne fait aucune différence que le transport de la marchandise au lieu particulier convenu soit exécuté par le vendeur lui-même, son personnel ou un transporteur indépendant. En effet, même s'il parvient à s'exculper selon

⁷⁵ Sont visés par là les cas évoqués à l'art. 31 litt. b CV, en particulier celui du vendeur qui cède à l'acheteur la marchandise commandée à un tiers producteur et qui doit être retirée à l'usine de ce dernier. Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 3 à l'art. 69 CV.

⁷⁶ Cf. notamment HONNOLD, ch. 377 à l'art. 69 CV, en particulier l'exemple 69C; LINDACHER, p. 172; HAGER, n. 1 et 6 à l'art. 69 CV; le même, *Gefahrtragung*, p. 399; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 4 à l'art. 69 CV; NICHOLAS, n. 2.3 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 69 CV.

⁷⁷ Cf. notamment SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 *in fine* à l'art. 69 CV; ZIEGLER U., p. 88; HONNOLD, ch. 377 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 6 à l'art. 69 CV; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN Kaufrecht*, p. 84; le même, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 130, ch. 234; GEIST, p. 353, ch. 2; NICHOLAS, n. 2.4 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 6 à l'art. 69 CV. Voir néanmoins LINDACHER, pp. 169 s., ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 1 à l'art. 69 CV et HUBER, n. 80 à l'art. 81 CV, qui curieusement soumettent la dette portable *stricto sensu*, c'est-à-dire la livraison au domicile de l'acheteur, à l'art. 69 al. 1 CV. Cette opinion paraît erronée, dans la mesure où l'art. 69 al. 1 CV ne vise expressément que la vente au domicile ou à l'établissement du vendeur (cf. *supra*, ch. 4.153).

⁷⁸ Cf. HONNOLD, ch. 377 à l'art. 69 CV; GEIST, p. 353, ch. 2, qui parle de ventes «ab Kai» ou «ab Schiff» et les réf. citées n. 31 en bas de page; SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 204 *in initio*; NICHOLAS, n. 2.4 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 6 *in fine* à l'art. 69 CV; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 17 à l'art. 69 CV; ZIEGLER U., p. 88.

⁷⁹ Cf. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, p. 130, ch. 233.

l'art. 79 al. 1 et/ou 2 CV de toute responsabilité pour un événement survenu pendant le transport, le vendeur a les risques de ce transport: il a l'obligation de l'exécuter et l'acheteur, nonobstant cette exculpation (art. 79 al. 5 CV), peut agir contre lui selon les art. 45 ss CV et retenir le prix.

4.183 Les modalités de la mise à disposition vont différer selon le lieu auquel celle-ci doit intervenir.

Lorsque l'acheteur doit retirer la marchandise dans un entrepôt ou auprès du fabricant, la mise à disposition de la marchandise est réalisée lorsque l'acheteur peut exiger directement du tiers détenteur (entrepositaire ou fabricant) la remise de la chose, sans qu'une intervention du vendeur dans ce sens soit encore nécessaire⁸⁰. L'acheteur doit donc avoir un droit propre contre le tiers détenteur à la délivrance de la marchandise, et la prise de livraison de celle-ci ne dépend plus que de lui.

Or, les conditions auxquelles l'acheteur dispose d'un tel droit direct contre le tiers détenteur sont définies par le contrat liant celui-ci au vendeur et par le droit national applicable à ce contrat selon les règles du droit international privé⁸¹. En aucun cas, ces questions ne relèvent de la Convention de Vienne. Dans cette mesure, il paraît donc peu utile d'entrer dans la controverse doctrinale opposant à ce propos, d'une part, les auteurs⁸² qui sont d'avis que la marchandise ne peut valablement être à la disposition de l'acheteur que s'il a reçu du vendeur un titre représentatif des marchandises entreposées ou un papier-valeur incorporant le droit à leur remise et, d'autre part, ceux⁸³ qui soutiennent que la mise à disposition est parfaite dès que l'acheteur est en possession de tout document établissant à l'attention du tiers détenteur que les droits à la délivrance de la chose lui ont été cédés.

Ce qui paraît déterminant pour que l'on puisse considérer que la marchandise en mains d'un tiers détenteur a été mise à la disposition de l'acheteur au sens de l'art. 69 al. 2 CV, c'est que le vendeur ait accompli tous les actes requis par le contrat le liant au tiers détenteur et/ou par le droit applicable à ce contrat, en vue de conférer à l'acheteur un droit propre à la délivrance des marchandises⁸⁴.

⁸⁰ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 6 à l'art. 69 CV.

⁸¹ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 7 à l'art. 69 CV; GEIST, p. 353, ch. 2; HONNOLD, ch. 377 à l'art. 69 CV, n. 5 en bas de page.

⁸² Cf. HERBER/CZERWENKA, n. 7 à l'art. 69 CV; HAGER, n. 7 à l'art. 69 CV.

⁸³ Cf. HUBER, n. 57 à l'art. 31 CV; KAROLLUS, p. 203.

⁸⁴ Cf. dans le même sens PILTZ, p. 156, ch. 203; ZIEGLER U., p. 88; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 18 à l'art. 69 CV; HAGER, *Gefahrtragung*, p. 400; GEIST, p. 353.

Ainsi, si ce contrat et/ou le droit qui lui est applicable exige que l'acheteur soit en possession d'un titre représentatif des marchandises ou d'un document incorporant le droit à la délivrance, la mise à disposition au sens de l'art. 69 al. 2 CV n'est réalisée qu'au moment où un tel document est remis à l'acheteur. *A contrario*, si le document délivré à l'acheteur ne satisfait pas ces exigences, l'acheteur n'a donc en principe aucun droit à la délivrance de la marchandise, en sorte qu'il n'y a pas encore mise à disposition au sens de l'art. 69 al. 2 CV. Dans ce cas, celle-ci n'aura lieu au plus tôt qu'au moment où le tiers détenteur se sera engagé, soit à l'égard du vendeur, soit à l'égard de l'acheteur, à remettre la marchandise à l'acheteur, ou lorsqu'il aura reconnu qu'il la détient désormais pour le compte de ce dernier⁸⁵.

Si, selon le contrat conclu avec le tiers détenteur et/ou le droit qui lui est applicable, tout document prouvant la cession du vendeur à l'acheteur des droits à la délivrance des marchandises suffit à fonder le droit direct de l'acheteur à la remise de celles-ci — par exemple une cession écrite du vendeur à l'acheteur, ou une directive du vendeur au tiers l'invitant à remettre la chose à l'acheteur⁸⁶ —, la mise à disposition au sens de l'art. 69 al. 2 CV est parfaite par la remise de ce document à l'acheteur.

A noter enfin que, même si le document remis à l'acheteur lui confère un droit direct contre le tiers détenteur à la délivrance de la marchandise, il n'y a pas mise à disposition de celle-ci au sens de l'art. 69 al. 2 CV si le tiers détenteur refuse la livraison de la chose en raison d'une inexécution du contrat par le vendeur et qu'un tel refus est légitime selon le contrat le liant au vendeur ou le droit applicable à ce contrat. Ainsi, le contrat entre le vendeur et l'entrepositaire prévoit que la marchandise sera délivrée au vendeur ou à tout cessionnaire de ses droits à la condition que les taxes d'entrepôt aient été acquittées. Si l'acheteur au bénéfice d'une cession écrite du vendeur se voit refuser la délivrance de la marchandise au motif que lesdites taxes n'ont pas été payées, il faut admettre que la marchandise n'était pas encore à *sa disposition* au sens de l'art. 69 al. 2 CV *in fine* lorsque les droits à la délivrance lui ont été cédés⁸⁷; une intervention du vendeur, en l'occurrence le paiement des taxes, était encore nécessaire.

⁸⁵ Cf. dans le même sens GEIST, p. 353, ch. 2; HONNOLD, ch. 377 à l'art. 69 CV, n. 5 en bas de page; HERBER/CZERWENKA, n. 7 *in fine* à l'art. 69 CV; NEUMAYER/MING, n. 7 *in fine* à l'art. 69 CV; PILTZ, p. 156, ch. 203; HAGER, n. 7 à l'art. 69 CV; le même, *Gefahrtragung*, p. 400; ZIEGLER U., p. 88.

⁸⁶ Assignation, «delivery order», «Lieferschein». Voir à ce propos HUBER, n. 57 à l'art. 31 CV.

⁸⁷ Cf. dans le même sens ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 9 *in fine* à l'art. 69 CV.

4.184 Dans les autres cas énumérés ci-dessus⁸⁸, le vendeur exécute valablement son obligation de livraison et de mise à disposition en offrant la marchandise au lieu convenu. Si le vendeur a assumé l'obligation de transporter la marchandise par mer jusqu'au lieu particulier où elle doit être remise à l'acheteur, la mise à disposition n'est parfaite que lorsque l'acheteur a reçu le connaissement et que le bateau est prêt à être déchargé⁸⁹; en effet, à compter de ce moment-là, la prise de livraison de la marchandise ne dépend plus que de lui⁹⁰.

4.185 Enfin, pour être valablement mises à la disposition de l'acheteur, les marchandises doivent au préalable avoir été individualisées (art. 69 al. 3 CV): *a contrario*, en l'absence d'individualisation, il n'y a ni mise à disposition, ni, par conséquent, transfert des risques.

Pour les raisons déjà exposées ci-dessus⁹¹, cette règle doit valoir en toute hypothèse⁹², même lorsque, du fait de la nature des marchandises vendues, l'individualisation ne peut intervenir qu'au moment auquel l'acheteur les retire et que, dans les faits, elle n'a pas lieu en raison d'une demeure de l'acheteur. Ainsi, l'acheteur tarde à prendre livraison de la cargaison de pétrole qu'il a achetée et qui est conservée dans les citernes d'un tiers entrepositaire. Selon l'art. 69 al. 3 CV, la quantité de pétrole commandée par l'acheteur n'est réputée être mise à sa disposition qu'au moment de son individualisation. Or, vu la nature de la marchandise et les conditions de son stockage en citernes, l'individualisation ne peut avoir lieu qu'au moment auquel l'acheteur charge le pétrole dans ses propres wagons ou camions-citernes. Dès lors, tant que l'acheteur ne procède pas à cette prise en charge, il n'y a ni individualisation, ni mise à disposition, ni transfert des risques.

cc. L'acheteur doit être informé de la mise à disposition

4.186 Selon l'art. 69 al. 2, le transfert des risques est soumis à la condition que l'acheteur sache que les marchandises sont mises à sa disposition au lieu d'exécution convenu.

⁸⁸ Cf. *supra*, ch. 4.181.

⁸⁹ Cf. dans le même sens HERBER/CZERWENKA, n. 6 *in fine* à l'art. 69 CV.

⁹⁰ Voir à ce propos le principe rappelé ci-dessus, ch. 4.183 *in initio*.

⁹¹ Cf. *supra*, ch. 4.163 ss et les réf. citées.

⁹² A noter que, dans la plupart des cas visés par l'art. 69 al. 2 CV, la marchandise sera presque toujours individualisée, soit au moment où elle est offerte à l'acheteur (dette portable *stricto sensu*), soit au moment où l'entrepositaire reconnaît les droits de l'acheteur, soit encore lors de la remise à l'acheteur des documents représentatifs de la marchandise qui est alors, par définition, individualisée.

Peu importe le moyen par lequel l'acheteur est informé de la mise à disposition. En particulier, un avis du vendeur informant l'acheteur que la marchandise est à sa disposition n'est pas nécessaire dans tous les cas⁹³. Il ne l'est que si l'acheteur n'a pas encore été informé de la mise à disposition par un autre biais, notamment par la remise du connaissance, d'une lettre de voiture, d'un certificat d'entrepôt, d'une déclaration du vendeur à l'intention du tiers détenteur et l'informant de la cession à l'acheteur des droits à la délivrance de la marchandise etc⁹⁴... Il va de soi que si la marchandise doit être mise à la disposition de l'acheteur à son établissement, aucun avis spécial ne doit lui être donné au moment où elle y est délivrée.

4.187 Si un avis doit être donné à l'acheteur, ou si un titre représentatif des marchandises, un connaissance, un certificat d'entrepôt etc., lui est expédié pour l'informer de la mise à disposition de la marchandise, il faut que cet avis ou document lui *parvienne*. Cela résulte de l'art. 69 al. 2 CV, qui exige que l'acheteur *sache* que la marchandise est à sa disposition. Il ne suffit donc pas que l'avis lui soit expédié, il faut encore qu'il entre dans sa sphère de puissance. L'art. 27 CV, qui prévoit que les notifications et autres communications voyagent en principe aux risques de leur destinataire, est donc inapplicable en l'espèce⁹⁵.

Cela étant, s'il faut que l'avis ou le document valant avis parvienne à l'acheteur, il n'est pas nécessaire que ce dernier en prenne personnellement connaissance. L'art. 24 CV, appliqué en tant que de besoin par analogie aux communications des parties qui ne sont pas des «*offre, déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention*», retient en effet qu'une communication *parvient* à une partie lorsqu'elle est délivrée «*au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou adresse postale, à sa résidence habituelle*», c'est-à-dire lorsqu'elle parvient dans sa sphère de puissance⁹⁶.

⁹³ Cf. NEUMAYER/MING, n. 6 à l'art. 69 CV; BUCHER, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 216; GEIST, p. 353, ch. 2 *in fine*; HERBER/CZERWENKA, n. 5 à l'art. 69 CV; SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 205. Voir également SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 131, ch. 234. Avis apparemment contraire (mais sans justification) chez HEUZÉ, p. 281, ch. 372 *in fine*.

⁹⁴ Cf. SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 22 à l'art. 69 CV.

⁹⁵ Cf. dans le même sens NEUMAYER/MING, n. 6 *in fine* à l'art. 69 CV; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 8 à l'art. 69 CV; HEUZÉ, p. 281, ch. 372 *in fine*; NICHOLAS, n. 2.3 à l'art. 69 CV; SCHÖNLE, in: HONSELL, n. 22 à l'art. 69 CV; DE VRIES, pp. 510 s.

⁹⁶ Cf. dans le même sens GEIST, p. 353, ch. 2 *in fine*; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 8 à l'art. 69 CV; HEUZÉ, p. 281, ch. 372 *in fine*. Avis contraire chez SEVON, in Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 205, et apparemment aussi chez NICHOLAS, n. 2.3 à

4.188 On peut également imaginer que le vendeur avertisse l'acheteur d'une mise à disposition future, non encore réalisée. Selon l'art. 69 al. 2 CV, le transfert des risques n'aura lieu cependant qu'une fois la marchandise (le cas échéant individualisée) *effectivement à disposition* à l'endroit et à l'échéance convenus, et non, bien évidemment, au moment de la réception de l'avis par l'acheteur.

dd. La livraison doit être due

4.189 Pour que le transfert des risques ait lieu selon l'art. 69 al. 2 CV, il ne suffit pas que l'acheteur sache que la marchandise est à sa disposition au lieu particulier convenu. Encore faut-il que la marchandise soit mise à disposition de l'acheteur au bon moment, soit, plus exactement, *«lorsque la livraison est due»* conformément à l'art. 33 CV⁹⁷.

4.190 Si la marchandise est mise de façon anticipée à la disposition de l'acheteur, celui-ci est libre de refuser ou d'accepter la livraison (art. 52 al. 1 CV).

Si l'acheteur l'accepte en prenant livraison de la marchandise, les risques lui sont transférés au moment de ce retrait⁹⁸. La solution n'est pas expressément prévue par la Convention de Vienne mais découle des principes généraux dont celle-ci s'inspire (art. 7 al. 2 et 69 al. 1 CV), soit, plus précisément, du principe selon lequel les risques passent à l'acheteur au plus tard au moment auquel il prend possession des marchandises⁹⁹.

Si l'acheteur, à réception de l'avis du vendeur l'informant de la mise à disposition anticipée, indique qu'il l'accepte, il y a modification de l'échéance contractuellement fixée, avec pour conséquences (a) que la livraison n'est

l'art. 69 CV, pour qui l'acheteur doit avoir une «actual knowledge» ou une «actual awareness» de la mise à disposition. En accord avec GEIST, *loc. cit.*, et DE VRIES, pp. 510 s., cette exigence paraît excessive, en ce sens qu'elle soumettrait le transfert des risques à l'arbitraire de l'acheteur.

⁹⁷ Cf. HAGER, n. 6 à l'art. 69 CV; HERBER/CZERWENKA, n. 5 à l'art. 69 CV; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 130, ch. 233.

⁹⁸ Cf. SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 19 à l'art. 69 CV.

⁹⁹ Cf. dans le même sens NICHOLAS, n. 3.2 à l'art. 69 CV, qui relève pertinemment que l'autre solution, inspirée de la lettre de l'art. 69 al. 2 CV, serait illogique: la livraison n'ayant pas eu lieu à l'échéance prévue, l'une des conditions cumulatives du transfert des risques selon l'art. 69 al. 2 CV ne serait jamais réalisée, en sorte que les risques demeureraient définitivement au vendeur (art. 69 al. 2 CV *a contrario*) bien que la marchandise soit désormais en mains de l'acheteur. Voir également NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 69 CV et les réf. citées; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 7 à l'art. 69 CV; HEUZÉ, p. 281, ch. 372; AUDIT, p. 93, n. 3 en bas de page; ROTH, p. 306; Message du Conseil fédéral, ch. 234.34, 2e paragraphe *in fine*; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 21 *in fine* à l'art. 69 CV.

désormais plus anticipée mais *due* et (b) que les risques passent à l'acheteur au moment où il a communiqué son acceptation¹⁰⁰.

Si l'acheteur refuse la livraison anticipée, les risques restent au vendeur jusqu'à ce que la livraison soit due et que les autres conditions de l'art. 69 al. 2 CV soient remplies. Il se peut néanmoins, aux conditions de l'art. 86 al. 2 CV, que l'acheteur, malgré son refus, soit tenu de recevoir et de conserver la marchandise pour le compte du vendeur. Dans ces circonstances, il semble juste qu'une telle «réception» n'équivaille pas à une prise de livraison anticipée entraînant le transfert des risques à l'acheteur¹⁰¹. S'il en allait autrement, le vendeur pourrait toujours unilatéralement modifier à son avantage les règles du transfert des risques, en forçant l'acheteur à prendre possession de façon anticipée.

2. Effet juridique

4.191 Les risques de la prestation du vendeur et du prix sont transférés à l'acheteur au moment auquel la dernière des conditions cumulatives de l'art. 69 al. 2 CV¹⁰² — exigibilité de la livraison, mise à disposition de la marchandise (le cas échéant individualisée) au lieu convenu et arrivée de l'information y relative dans la sphère de l'acheteur — est réalisée.

Cela étant, en fonction des circonstances et de la configuration du lieu auquel il doit mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur, il semble que le vendeur puisse encore être tenu (a) de s'assurer que la marchandise qu'il vient de mettre à disposition au lieu d'exécution convenu, et dont les risques ont donc passé à l'acheteur, n'est pas exposée à des périls prévisibles, et (b) de prendre le cas échéant les mesures élémentaires qui s'imposent pour réduire, voire écarter ces risques¹⁰³. Sur le plan juridique, ce devoir peut découler directement de l'art. 85 CV si les conditions en sont remplies. Si tel

¹⁰⁰ Cf. dans un sens analogue SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 19 *in fine* à l'art. 69 CV.

¹⁰¹ Cf. à ce propos ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 7 à l'art. 69 CV et NEUMAYER/MING, n. 5 à l'art. 69 CV, *ad* n. 23 en bas de page.

¹⁰² Cf. ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, n. 9 à l'art. 69 CV; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 25 à l'art. 69 CV.

¹⁰³ Ainsi, dans une vente «ab Kai» ou «ab Schiff» (cf. *supra*, ch. 4.181 et les réf. citées), on peut raisonnablement attendre du vendeur ou de son personnel qu'il surveille la marchandise déchargée sur le quai — ou qu'il instruit le transporteur de le faire — et qu'il n'interrompe cette surveillance qu'au moment où la marchandise est sous le contrôle d'une personne fiable (représentant de l'acheteur sur place, par exemple). Ainsi que le relève SEVON, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 195 *in fine*, même si les risques sont passés à l'acheteur, le vendeur ne peut «leave the goods unattended wherever they are».

n'est pas le cas, ce devoir se fonde en tout cas sur les règles de la bonne foi (art. 7 al. 1 CV), ou sur un principe général – exprimé notamment par les art. 85 à 88 CV – dont la Convention de Vienne s'inspire (art. 7 al. 2 CV).

Comme en matière de ventes au départ¹⁰⁴, une inobservation de ce devoir par le vendeur peut avoir pour conséquence que, même si la marchandise péricule par cas fortuit après le moment du transfert des risques, le vendeur se trouve privé du droit de réclamer le prix à l'acheteur, s'il est établi que l'événement fortuit était prévisible et qu'il n'aurait pas atteint la marchandise si le vendeur avait pris les précautions que l'acheteur pouvait raisonnablement attendre de lui eu égard aux circonstances¹⁰⁵.

4.191a Par exception à la règle qui vient d'être énoncée, il peut y avoir transfert des risques, lorsque l'acheteur empêche la mise à disposition de la marchandise par le vendeur au lieu et à l'époque d'exécution convenus¹⁰⁶.

Les parties conviennent par exemple que le vendeur autrichien mettra la marchandise à la disposition de l'acheteur bulgare à la frontière austro-hongroise, à la condition que le vendeur ait reçu au préalable les documents d'un crédit documentaire à ouvrir par l'acheteur l'autorisant à encaisser le prix. Si l'acheteur néglige de faire ouvrir le crédit documentaire dans les délais prévus, de sorte que le vendeur ne reçoit pas à temps les documents lui permettant de percevoir le prix convenu, le vendeur est autorisé (art. 71 al. 1 et 2 CV) à retenir les marchandises et à différer leur mise à disposition. Dans ce cas, la contravention de l'acheteur à ses obligations¹⁰⁷ doit avoir pour effet que, malgré l'absence de toute mise à disposition de la marchandise au lieu et à l'époque contractuellement fixés, les risques sont transférés à l'acquéreur, soit à l'échéance de la date ou de la période prévues pour la mise à disposition de la marchandise¹⁰⁸, soit, lorsqu'une telle date ou période ne peut être

¹⁰⁴ Cf. *supra*, ch. 4.176.

¹⁰⁵ En effet, dans la mesure où, dans ce cas-là, l'acheteur conserve contre le vendeur les moyens fondés sur les art. 45 ss CV, il ne supporte pas le risque de la prestation, ni, par voie de conséquence, celui du prix.

¹⁰⁶ Voir également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 20 s. à l'art. 69 CV, ainsi que le Message du CF, ch. 234.34. Cela est conforme au principe énoncé ci-dessus, ch. 2.141 ss, **2.146**, selon lequel il peut y avoir transfert anticipé des risques lorsqu'une demeure de l'acheteur d'accomplir tout ou partie des actes préparatoires ou obligations qui lui incombent empêche que toutes les conditions de la norme de transfert des risques soient réalisées.

¹⁰⁷ Cf. à ce propos les art. 54, 58 et 59 CV.

¹⁰⁸ Cf. *supra*, ch. 2.246 et les réf. citées.

déterminée avec précision, à l'expiration de la durée convenue pour la validité de l'accréditif si celui-ci avait été ouvert conformément au contrat¹⁰⁹.

4.191b Comparée à celles de l'art. 69 al. 1 CV, la solution de l'art. 69 al. 2 CV est globalement plus favorable au vendeur.

Si, dans un cas soumis à l'art. 69 al. 1 CV, une période est prévue pour la prise de livraison par l'acheteur, les risques passent à ce dernier soit lorsqu'il prend possession de la marchandise, soit, s'il ne le fait pas, au plus tôt à l'expiration de la période convenue. Si, dans un cas soumis à l'art. 69 al. 2 CV, une période est prévue pour la prise de livraison par l'acheteur, les risques passent à ce dernier dès que la livraison est due et que l'acheteur est informé que la marchandise est à sa disposition, c'est-à-dire *avant l'expiration de la période convenue*¹¹⁰.

Cette différence paraît justifiée puisque, dans les situations visées par l'art. 69 al. 2 CV, le vendeur qui vient de mettre la chose vendue à disposition de l'acheteur n'en a plus la garde et le contrôle directs et exclusifs, contrairement à ce qui se passe dans une vente soumise à l'art. 69 al. 1 CV, dans laquelle il doit tenir la marchandise à disposition dans l'un de ses établissements. Dans les hypothèses de l'art. 69 al. 2 CV, le vendeur n'est donc pas la partie qui est le mieux à même, à la fois de prévenir les causes de dommages,

¹⁰⁹ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 20 *in fine* à l'art. 69 CV. Voir néanmoins une sentence arbitrale CCI rendue dans la cause 7197/1992 (cf. CLUNET, 1993, n° 4, pp. 1028 ss, ainsi que BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 79), dans laquelle l'acheteur bulgare et le vendeur autrichien étaient convenus d'une vente «DAF frontière austro-hongroise» et du paiement par crédit documentaire. Le crédit n'ayant pas été ouvert dans les délais convenus, le vendeur consigna la marchandise dans un entrepôt et saisit le tribunal arbitral d'une demande dans laquelle il concluait notamment à ce que «les éventuelles altérations de qualité résultant de la longue période d'entreposage soient exclusivement imputées» à l'acheteur. Le tribunal, appliquant la Convention de Vienne et la clause DAF, le débouta sur ce point, au motif que, selon l'art. 69 CV et la clause DAF, les risques ne pouvaient être transférés à l'acheteur que lors de la mise des marchandises à sa disposition à la frontière convenue, condition qui ne fut pas réalisée en l'espèce. Vu l'opinion soutenue ici, on peut se demander si le tribunal arbitral n'a pas méconnu l'importance pour le transfert des risques de la négligence de l'acheteur dans la fourniture du crédit documentaire. Il aurait dû tenir compte du fait que cette négligence de l'acheteur légitimait le vendeur à retenir l'exécution de son obligation de mise à disposition de la marchandise à la frontière austro-hongroise (art. 71 al. 1 et 2 CV). Dans le prolongement logique de cela, il aurait dû appliquer la règle générale (applicable tant à la Convention de Vienne qu'aux INCOTERMS – cf. *supra*, ch. 2.245 et les réf. citées) selon laquelle une carence de l'acheteur dans l'exécution de ses obligations peut conduire à un transfert anticipé des risques. Ces considérations auraient amené le tribunal arbitral à la conclusion correcte que les risques avaient bien passé à l'acheteur à l'échéance du délai convenu pour l'ouverture du crédit documentaire.

¹¹⁰ Même réflexion chez BERNSTEIN/LOOKOFSKY, pp. 78 s.

et de remédier à ceux qui pourraient éventuellement survenir¹¹¹. Le vendeur n'étant ainsi pas dans une position meilleure que l'acheteur¹¹², l'art. 69 al. 2 CV transfère les risques à ce dernier dès qu'il est en mesure de prendre livraison des marchandises.

c. Les cas réglés tantôt par l'art. 67, tantôt par l'art. 69 CV

4.192 Il est apparu ci-dessus que l'art. 69 CV pouvait être appelé à régir des cas dans lesquels la marchandise destinée à l'acheteur devait parcourir une certaine distance. Or, la vente à distance étant également — et, le cas échéant, prioritairement¹¹³ — réglée par l'art. 67 CV, il paraît nécessaire de récapituler ici les cas qui peuvent être soumis soit à l'art. 67 CV, soit à l'art. 69 CV, selon ce qui a été convenu ou accompli.

A priori, trois critères doivent être pris en compte, dont la combinaison conduira soit à l'application de l'art. 67 CV, soit, résiduellement, à celle de l'art. 69 CV: le lieu convenu pour l'exécution de l'obligation du vendeur de livrer les marchandises, le lieu convenu pour l'exécution de l'obligation de l'acheteur d'en prendre livraison et la personne du transporteur mis en œuvre¹¹⁴.

4.193 Lorsqu'il est convenu (a) que le vendeur doit remettre les marchandises à son établissement à un transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur en un lieu particulier et (b) que celui-ci doit en prendre livraison en ce lieu particulier au terme du transport, le transfert des risques est soumis au seul art. 67 al. 1 CV, 1^{ère} phrase¹¹⁵. Malgré l'obligation mise à la charge de l'acheteur, l'art. 69 al. 2 CV n'entre pas en considération, car la condition générale de mise ne œuvre de cette norme n'est pas remplie: les deux alinéas de l'art. 69 CV ne s'appliquent qu'aux situations non visées par les art. 67 et 68 CV¹¹⁶, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque, précisément, l'art. 67 CV s'applique.

¹¹¹ Cf. *supra*, ch. 4.174 et les réf. citées.

¹¹² Cf. dans le même sens BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 79, n. 40 en bas de page et les réf. citées.

¹¹³ Cf. art. 69 al. 1 CV *in initio*.

¹¹⁴ Cf. également SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 11 ss à l'art. 67 CV.

¹¹⁵ Cf. également *supra*, ch. 4.8 s.

¹¹⁶ Cf. art. 69 al. 1 CV *in initio*, exprimant un principe valable pour les deux alinéas. Voir à ce propos *supra*, ch. 4.180 et BUCHER, *in* Colloque de Lausanne de l'ISDC, p. 215, litt. c *in fine*.

Si, dans les faits, le transporteur auquel la marchandise est confiée n'est pas indépendant des deux parties, l'une des conditions cumulatives de l'art. 67 CV fait défaut. Le cas n'est donc plus «*visé par l'article 67 CV*», avec pour effet que c'est alors la clause résiduelle de l'art. 69 CV qui s'applique. Si le convoyeur appartient à l'organisation du vendeur et qu'il doit acheminer la marchandise jusqu'en un établissement du vendeur où l'acheteur en prendra livraison, le transfert des risques sera réglé par l'art. 69 al. 1 CV. S'il doit remettre la marchandise à l'acheteur en un lieu différent d'un établissement du vendeur, par exemple au domicile de l'acheteur, ce sera l'art. 69 al. 2 CV qui réglera le transfert des risques. Si le convoyeur auquel la marchandise est remise à l'établissement du vendeur appartient à l'organisation de l'acheteur, le transfert des risques a lieu au moment de cette remise, selon un principe général inspiré de l'art. 69 al. 1 CV¹¹⁷.

4.194 Lorsqu'il est convenu (a) que le vendeur doit acheminer la marchandise jusqu'en un lieu particulier, qui est un de ses établissements, (b) qu'elle y sera remise à un transporteur indépendant des parties pour transmission à l'acheteur, et (c) que celui-ci doit en prendre livraison au terme de ce transport, voire à son domicile, le transfert des risques est à nouveau soumis au seul art. 67 al. 1 CV, plus précisément à sa 2e phrase, et non à l'art. 69 al. 2 CV.

Cela étant, si, dans les faits, ce transporteur appartient à l'organisation de l'une ou l'autre des parties, le cas n'est plus soumis à l'art. 67 CV mais à l'art. 69 CV. Si le transporteur dépend du vendeur, les risques passeront à l'acheteur selon l'art. 69 al. 2 CV, lorsqu'il saura que la marchandise est mise à sa disposition par l'employé du vendeur au lieu convenu pour la prise de livraison. Si le transporteur dépend de l'acheteur, les risques passent à ce dernier au moment auquel son employé retire la marchandise à l'établissement du vendeur, selon un principe général déduit de l'art. 69 al. 1 CV.

4.195 Enfin, lorsqu'il est convenu (a) que le vendeur doit acheminer la marchandise jusqu'en un lieu distinct de l'un de ses établissements, (b) qu'elle y sera remise à un transporteur indépendant des parties pour transmission à l'acheteur, et (c) que celui-ci doit en prendre livraison au terme du transport, par exemple à son propre domicile ou établissement, le transfert des risques est soumis à l'art. 67 al. 1 CV, 2e phrase. Encore une fois, peu importe que le

¹¹⁷ Cf. *supra*, ch. 4.29 *in fine* et 4.190. Voir dans le même sens SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 16 *in fine* à l'art. 67 CV. Cela vaut *a fortiori* lorsque l'acheteur retire lui-même la marchandise.

transporteur ait été mandaté par l'une ou l'autre des parties au contrat de vente.

Ici encore, si, dans les faits, le transporteur auquel la marchandise est confiée au lieu particulier convenu n'est pas indépendant des deux parties à la vente, l'art. 67 ne s'applique pas. Si ce transporteur appartient à l'organisation du vendeur, les risques passent à l'acheteur selon l'art. 69 al. 2 CV, au moment auquel il sait que les marchandises sont mises à sa disposition par l'employé du vendeur au lieu convenu pour la prise de livraison. Si le transporteur appartient à l'organisation de l'acheteur, les risques sont transférés à celui-ci au moment auquel son employé retire la marchandise au lieu de chargement dont acheteur et vendeur étaient convenus, selon un principe général déduit de l'art. 69 al. 1 CV.

Section B

La solution du Code des Obligations

a. Les ventes avec dette quérable

1. Définitions et délimitations

4.196 Historiquement, la dette du vendeur était quérable (*Holschuld*) lorsque l'acheteur était tenu de *venir chercher* (*quaerere, holer*) chez le vendeur la marchandise qui lui était destinée. A l'origine, la vente avec dette quérable était donc avant tout une vente au départ *stricto sensu*, par opposition à la vente à l'arrivée *stricto sensu* dans laquelle le vendeur devait apporter la chose vendue au domicile de l'acheteur.

Actuellement, si la vente avec dette quérable peut toujours être définie dans son principe comme une vente au départ, dans laquelle l'acheteur doit venir prendre la chose «chez le vendeur», ces termes «chez le vendeur» paraissent néanmoins désigner, outre bien évidemment le domicile du vendeur, deux autres lieux auxquels l'acheteur peut être tenu, soit par l'effet du contrat, soit, subsidiairement, par celui de la loi¹¹⁸, de chercher la marchandise:

- le lieu où la marchandise se trouvait au temps de la conclusion du contrat, lorsque cette marchandise est un corps certain,
- tout établissement du vendeur autre que son domicile.

Cela appelle diverses précisions et distinctions.

4.196a Si le contrat de vente ne prévoit aucun lieu particulier pour la remise de la marchandise à l'acheteur, ce lieu est déterminé par l'art. 74 al. 2 CO.

Selon l'art. 74 al. 2 ch. 2 CO, si la vente porte sur une chose déterminée qui se trouve, lors de la conclusion du contrat, en un lieu distinct du domicile du vendeur, c'est en ce lieu que cette marchandise doit être délivrée à l'acheteur, qui doit venir l'y chercher. Cette règle ne s'applique cependant qu'à la double condition (a) que les deux parties connaissent ce lieu au plus tard lors de la conclusion et (b) qu'elles acceptent que la marchandise s'y trouve¹¹⁹.

¹¹⁸ L'art. 74 al. 2 ch. 2 et 3 CO prévoit en effet que la dette du vendeur est quérable, sauf stipulation contraire. Voir chiffre suivant.

¹¹⁹ Cf. KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 29 *in fine* à l'art. 185 CO; WEBER, n. 134 à l'art. 74 CO et les réf. citées chez VON TUHR/ESCHER, p. 42 et OSER/SCHÖNENBERGER, n. 16 à l'art. 74 CO.

Si ces deux conditions ne sont pas remplies, ou si la vente porte sur une chose déterminée par son genre, c'est la règle résiduelle de l'art. 74 al. 2 **ch. 3 CO** qui s'applique, en tant qu'elle régit le lieu d'exécution de toute obligation autre que celles visées aux ch. 1 et 2. Selon cette norme générale, l'obligation de délivrer la marchandise à l'acheteur est exécutée dans le lieu où le débiteur-vendeur avait son domicile — le cas échéant professionnel — ou son siège s'il s'agit d'une personne morale, lorsque cette obligation a pris naissance, à charge pour l'acheteur de venir chercher la marchandise en ce lieu.

4.197 Doit également être considéré comme une vente avec dette quérable le cas dans lequel les parties conviennent que l'acheteur doit chercher la marchandise (corps certain ou chose de genre individualisée) dans un autre établissement du vendeur, distinct de son domicile ou de son siège au moment de la conclusion du contrat, auquel le vendeur a pour sa part l'obligation de l'apporter.

En raison du transport de la marchandise que le vendeur doit entreprendre jusqu'à l'un de ses établissements, où elle sera remise à l'acheteur, on pourrait être tenté de considérer cette vente comme une vente avec dette portable du vendeur. La qualification de vente avec dette quérable paraît néanmoins s'imposer dans ce cas, dans la mesure où l'acheteur reste en définitive tenu de venir prendre la marchandise *chez le vendeur*.

4.197a La dette du vendeur est donc dite quérable lorsque l'acheteur doit, conformément au contrat ou au droit supplétif du Code des obligations, venir prendre possession de la marchandise au domicile du vendeur, en l'un de ses établissements ou au lieu de situation de la chose lors de la conclusion du contrat.

Cela implique que le vendeur doit pour sa part exécuter dans l'un ou l'autre de ces lieux, selon ce qui a été convenu, toutes les obligations qui lui incombent en vue du transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété de la marchandise qui lui est destinée. Ces lieux sont dès lors tout à la fois *lieu d'exécution et lieu de résultat*¹²⁰.

4.198 Certains auteurs paraissent définir la vente avec dette quérable comme étant celle dans laquelle l'acheteur doit venir chercher la marchandise au

¹²⁰ C'est là, en effet, que se produit le résultat de la vente, c'est-à-dire le transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété de la chose vendue. Cf. SCHÖNLE, n. 41 *in fine* à l'art. 185 CO.

domicile du vendeur *ou en tout autre lieu d'exécution contractuellement désigné*¹²¹.

Cette approche paraît trop large au regard de l'art. 74 al. 2 CO, qui prévoit que, sauf stipulation contraire, la dette du vendeur est quérable, soit au lieu de situation de la chose lors de la conclusion du contrat (art. 74 al. 2 ch. 2 CO), soit au domicile du vendeur lors de la conclusion du contrat (art. 74 al. 2 ch. 3 CO). *A contrario*, dès qu'il y a stipulation d'un lieu d'exécution et de résultat différent, la dette du vendeur n'est plus quérable, mais portable¹²², et cela quand bien même les parties sont convenues que l'acheteur devra venir chercher la marchandise au lieu d'exécution. Ainsi que cela vient d'être précisé, la seule stipulation contractuelle qui ne devrait pas changer la nature quérable de la dette du vendeur est celle qui prévoit comme lieu d'exécution et de résultat un établissement du vendeur distinct de son établissement ou de son domicile au moment de la conclusion du contrat: dans ce cas, l'acheteur reste en effet tenu de retirer la marchandise *chez le vendeur lato sensu*.

4.198b Le lieu d'exécution d'une vente avec dette quérable étant ainsi défini, il convient de rechercher les conditions et le moment auxquels le risque du prix est transféré à l'acheteur, en distinguant selon que la dette du vendeur a pour objet une chose déterminée par son genre (*infra*, 2) ou un corps certain (*infra*, 3).

2. *Le transfert du risque du prix en cas de vente avec dette quérable portant sur une chose déterminée par son genre.*

aa. Base légale et conditions

4.199 Dans la mesure où il s'agit ici de choses déterminées par leur genre sans qu'il soit question de leur expédition en un autre lieu, c'est *a priori* l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase qui s'applique¹²³.

Le transfert des risques présuppose donc que la marchandise ait été individualisée aux fins du contrat conclu avec l'acheteur.

¹²¹ Cf. par exemple SCHÖNLE, n. 41 à l'art. 185 CO: «im Falle der Holschuld muss der Käufer die Kaufsache beim Verkäufer *oder an einem anderen vereinbarten Erfüllungsort* abholen»; voir aussi KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 29 à l'art. 185 CO.

¹²² Cf. *infra*, ch. 4.219 ss.

¹²³ Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 31 à l'art. 185 CO et SCHÖNLE, n. 81 *in initio* à l'art. 185 CO. A noter que si la chose doit être expédiée du domicile du vendeur à l'un de ses établissements, où l'acheteur doit la chercher, ce n'est pas encore une expédition dans un autre lieu, impliquant dessaisissement au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase (cf. à ce propos *supra*, ch. 4.64).

i. L'individualisation de la chose destinée à l'acheteur

4.200 L'individualisation est une condition *sine qua non* du transfert des risques dans toutes les ventes de choses de genre (art. 185 al. 2 CO, 1^{ère} phrase). Elle a déjà été définie ci-dessus¹²⁴, en sorte que ce qui a été dit à ce propos peut être intégralement repris ici.

ii. L'individualisation au lieu d'exécution

4.201 Selon le principe rappelé ci-dessus, il faut en outre que l'individualisation de la chose de genre destinée à l'acheteur se manifeste au lieu d'exécution convenu ou, à défaut de stipulation particulière à ce propos, au domicile du vendeur en tant que lieu d'exécution subsidiairement défini par la loi (art. 74 al. 2, ch. 3 CO).

En d'autres termes, le transfert à l'acheteur des risques de l'impossibilité et du prix ne peut avoir lieu avant que la marchandise individualisée soit au lieu d'exécution¹²⁵. Ce qui implique que le vendeur qui individualise la marchandise destinée à l'acheteur ailleurs qu'au lieu d'exécution a également l'obligation de transporter la marchandise ainsi individualisée jusqu'au lieu d'exécution et de l'y offrir à l'acheteur en vue du transfert de possession et de propriété¹²⁶.

Si l'individualisation au lieu d'exécution convenu ne peut intervenir qu'au moment auquel l'acheteur retire la marchandise qui lui revient — p. ex. en cas de vente de biens fongibles (pétrole, autres liquides, charbon, céréales etc..) qui ne sont individualisés qu'au fur et à mesure du remplissage des camions/bateaux/wagons de l'acheteur —, il ne peut y avoir transfert des risques à l'acheteur que lorsque ce dernier individualise la quantité qui lui revient, en en prenant livraison. Inversement, si l'acheteur refuse ou néglige son concours et bloque ainsi l'individualisation, il n'y a pas de transfert des risques¹²⁷.

4.202 Si la chose que le vendeur destine à l'acheteur est individualisée en un autre lieu et vient à être perdue ou détériorée avant d'être mise à disposition de l'acheteur au lieu d'exécution, le vendeur n'a pas encore exécuté *au lieu d'exécution* l'ensemble des actes que l'acheteur est en droit d'attendre de lui;

¹²⁴ Cf. *supra*, ch. 4.52 s.

¹²⁵ Cf. SCHÖNLE, n. 84 *in fine* à l'art. 185 CO; dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 32 à l'art. 185 CO.

¹²⁶ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 83 à l'art. 185 CO.

¹²⁷ Cf. *supra*, ch. 2.143. Voir également *supra*, ch. 4.165, la solution analogue consacrée par la Convention de Vienne.

il n'a donc pas encore fait en sorte que le résultat de chacun de ces actes soit offert en ce lieu.

Avec pour conséquence que les risques du prix et de l'impossibilité de la prestation du vendeur ne sont pas encore transférés à l'acheteur, et que le vendeur reste tenu d'individualiser une nouvelle chose du même genre et de la tenir à la disposition de l'acheteur au lieu d'exécution, de telle sorte qu'en cet endroit la possession et la propriété de cette chose puissent être transférées à l'acheteur¹²⁸.

4.203 Dans la cause Garage Place Claparède S.A. contre Marc Barambon¹²⁹, dont les observations ci-dessus sont inspirées, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que les risques n'avaient pas encore passé à l'acheteur, en se fondant toutefois sur des qualifications et un raisonnement inexacts.

Le Garage Place Claparède, vendeur, devait livrer à Barambon, acheteur, une voiture neuve Morris Oxford 1956 avec conduite à droite. Selon l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral, la voiture devait être livrée à Barambon à Genève, qui était donc lieu d'exécution. N'ayant pas dans son stock une voiture correspondant au modèle faisant l'objet de la vente avec Barambon, le vendeur en commanda une chez l'importateur à Zurich et la fit amener à Genève par la route. Pendant l'acheminement, la voiture fut endommagée dans un accident par la faute d'un autre conducteur. Après réparation du véhicule, prise en charge par l'assureur du conducteur responsable, le Garage prétendit livrer la voiture à l'acheteur et lui réclama le paiement du prix convenu. L'acheteur refusa de prendre livraison et de s'acquitter du prix, considérant que la voiture livrée, dans la mesure où elle n'était plus neuve mais accidentée puis réparée, ne correspondait pas à celle mentionnée dans le contrat de vente. Le vendeur, soutenant pour sa part que les risques étaient passés à l'acheteur lors de la conclusion du contrat, saisit la justice d'une demande en paiement.

En droit, le Tribunal fédéral considéra:

- (a) que la solution de la Cour de Justice de Genève, déboutant le vendeur de ses conclusions au motif que le cas était soumis à l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase, était fautive,
- (b) que, selon l'art. 185 al. 1 CO, seul applicable selon le Tribunal fédéral, les risques avaient passé à Barambon dès la conclusion du contrat,

¹²⁸ Cf. dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 32 à l'art. 185 CO.

¹²⁹ ATF 84/1958 II 158.

- (c) qu'au vu de la stipulation d'un lieu de livraison de la voiture à Genève, il convenait néanmoins de tempérer les effets incisifs de cette solution dans le cas d'espèce en admettant très largement les «*exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières*»¹³⁰.

4.204 Si la réfutation par le Tribunal fédéral de la solution retenue par la seconde instance cantonale est correcte – il ne s'agissait en effet pas d'une vente à distance au sens de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase¹³¹ –, les autres éléments du raisonnement du Tribunal fédéral se heurtent aux objections suivantes.

La première erreur du Tribunal fédéral a été de ne pas voir que la vente portait sur une chose de genre et de vouloir lui appliquer l'art. 185 al. 1 CO, qui n'est pourtant applicable qu'aux ventes portant sur un corps certain, c'est-à-dire celles dans lesquelles, lors de la conclusion du contrat, la chose dont les risques sont transférés à l'acheteur est clairement déterminée, soit parce qu'elle est unique, soit parce que le contrat la désigne avec précision. En l'espèce, l'objet de la vente était une voiture neuve devant présenter certaines caractéristiques (modèle 1956 avec conduite à droite), que le vendeur n'avait pas en stock – le Tribunal fédéral le relève d'ailleurs lui-même – et qu'il devait dès lors se procurer ailleurs. Ainsi, au moment de la conclusion du contrat, la chose qui devait être offerte à l'acheteur en exécution de la vente n'était à l'évidence pas encore clairement déterminée, et le vendeur avait la faculté d'en choisir une à sa convenance qui présentait toutes les caractéristiques du genre convenu. Il ne pouvait donc s'agir d'une vente de corps certain et l'art. 185 al. 1 CO était ainsi *a priori* inapplicable. A noter que le Tribunal fédéral n'expose pas les raisons qui l'ont amené à retenir l'art. 185 al. 1 CO en lieu et place de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase normalement applicable aux ventes de choses de genre. Peut-être a-t-il considéré que la vente d'une chose de genre devenait une vente de corps certain dès après l'individualisation de la chose destinée à l'acheteur. Le cas échéant, il aurait oublié que ce qui est déterminant pour décider si une vente porte sur un corps certain ou une chose de genre, c'est le statut de la chose vendue au moment de la conclusion du contrat.

¹³⁰ ATF 84 II cité, pp. 160 s.

¹³¹ Ainsi que cela a été précisé (cf. *supra*, ch. 4.64 ss), l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase ne s'applique qu'aux cas dans lesquels la marchandise individualisée est expédiée du lieu d'exécution au lieu de destination (ou de résultat), et non aux cas dans lesquels la marchandise individualisée est expédiée du lieu d'individualisation au lieu d'exécution. Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 36 à l'art. 185 CO. Voir également *infra*, ch. 4.226.

La seconde erreur commise par le Tribunal fédéral a été de ne pas voir l'importance du lieu d'exécution pour le transfert à l'acheteur des risques de l'impossibilité et du prix, qui, dans les ventes de choses de genre, ne passent à l'acquéreur qu'à compter du moment où le résultat de toutes les obligations mises à la charge du vendeur est offert en ce lieu d'exécution¹³².

Dans la suite logique de ces deux erreurs, le Tribunal fédéral a manifestement méconnu que l'individualisation à Zurich de la voiture destinée à l'acheteur, loin de transformer le contrat en une vente de corps certain, ne pouvait en aucun cas opérer le transfert des risques aussi longtemps que la voiture individualisée n'était pas offerte à Barambon au lieu d'exécution à Genève. Ce qui était dû par le vendeur, ce n'était pas l'individualisation de la voiture, mais son individualisation au lieu d'exécution convenu, soit à Genève¹³³.

A noter que ce lieu d'exécution à Genève n'a pas échappé au Tribunal fédéral, qui n'en a cependant pas tiré les bonnes conclusions juridiques, puisqu'il n'y a vu qu'une circonstance particulière justifiant à ses yeux une dérogation à la règle du transfert des risques selon l'art. 185 al. 1 CO¹³⁴. Ce qui conduit au quatrième reproche que l'on peut adresser au raisonnement du Tribunal fédéral. Apparemment convaincu qu'il serait injuste que Barambon doive supporter les risques de cette vente dans les circonstances du cas, le Tribunal fédéral s'est employé à écarter l'effet juridique de la base légale qu'il a retenue, en observant (a) qu'il faut faire un usage très large des «*exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières*» et (b) que les circonstances du cas commandent précisément d'admettre une telle exception. Or, par là, comme chaque fois qu'un effet juridique dépend de circonstances particulières dont l'existence ou l'absence est laissée à la libre appréciation du juge selon l'art. 4 CCS, le Tribunal fédéral a consacré une solution exposant le justiciable à une insécurité certaine.

Insécurité qui aurait pu être écartée en qualifiant correctement l'opération de vente d'une chose de genre avec dette quérable au lieu d'exécution convenu à Genève. Il aurait alors été constaté que, selon la convention des parties, le lieu d'exécution de toutes les obligations du vendeur — individualisation et mise à disposition — était impérativement à Genève, que, par voie de conséquence, seule l'exécution en ce lieu de tous ces devoirs du vendeur pouvait faire passer les risques à l'acheteur et qu'en l'espèce, l'individualisation de la voiture à Zurich n'était donc pas encore une exécution parfaite du contrat à Genève susceptible d'opérer le transfert des risques.

¹³² Cf. *supra*, ch. 2.50 ss.

¹³³ Cf. *supra*, ch. 4.201.

¹³⁴ ATF 84 II cité, p. 162.

iii. Nécessité d'un avis à l'acheteur relatif à l'individualisation?

4.205 A moins que le contrat ne prévoie le contraire, l'individualisation est une opération à laquelle l'acheteur n'est pas tenu de participer, le vendeur y procédant habituellement seul¹³⁵.

Cela étant, dans les ventes avec dette quérable portant sur une chose de genre, dans lesquelles les risques de l'impossibilité et du prix passent à l'acheteur dès que la marchandise individualisée est à sa disposition au lieu d'exécution, il est évidemment dans l'intérêt de l'acheteur d'être informé sans délai de cette individualisation en ce lieu, afin qu'il puisse au plus vite prendre livraison de la marchandise et réduire ainsi au minimum le temps pendant lequel cette dernière reste à ses risques en mains du vendeur.

D'où la question abordée ici. Un avis du vendeur à l'acheteur l'informant de l'individualisation de la marchandise au lieu d'exécution est-il une condition nécessaire du transfert à l'acheteur des risques de l'impossibilité et du prix?

4.206 La réponse est négative¹³⁶. Selon l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase, c'est l'individualisation qui est déterminante pour le transfert des risques, celle-ci étant définie comme l'ensemble des actes par lesquels le vendeur, de façon objectivement reconnaissable pour les tiers, destine à un acheteur déterminé une ou plusieurs marchandises présentant toutes les caractéristiques du genre dont les parties sont convenues¹³⁷.

Une information à l'acheteur ne fait donc pas partie de la définition de l'individualisation, pas plus qu'elle n'appartient à l'état de fait de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase.

Avec pour conséquence que, dans une vente avec dette quérable portant sur des choses de genre, les risques sont transférés à l'acheteur dès que la ou les marchandises qui lui sont destinées sont individualisées de façon objectivement reconnaissable au lieu d'exécution¹³⁸.

4.207 Cela ne signifie pas que le vendeur n'a jamais l'obligation d'aviser l'acheteur que la marchandise est à sa disposition au lieu d'exécution, dûment

¹³⁵ Cf. *supra*, ch. 4.53 et les réf. citées. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 31 à l'art. 185 CO. Si l'acheteur est contractuellement tenu de participer à l'individualisation, la question traitée ici ne se pose en principe pas.

¹³⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 87 à l'art. 185 CO et les réf. qu'il cite.

¹³⁷ Cf. *supra*, ch. 4.52 et les réf. citées.

¹³⁸ Cf. également SCHÖNLE, n. 87 à l'art. 185 CO.

individualisée. Un tel devoir peut en effet résulter expressément ou implicitement du contrat des parties, ou encore des règles de la bonne foi¹³⁹.

Toutefois, une telle obligation, à tout le moins celle imposée par l'art. 2 al. 1 CCS, est *a priori* accessoire et ne compte donc pas au nombre des conditions du transfert des risques¹⁴⁰, en sorte que son éventuelle inobservation par le vendeur ne saurait retarder le moment auquel les risques de la prestation et du prix passent à l'acquéreur.

Cela étant, si une inobservation par le vendeur de ce devoir accessoire d'information n'empêche pas nécessairement le transfert des risques, elle peut entraîner, comme toute violation fautive d'une obligation préexistante, un devoir du vendeur d'indemniser l'acheteur en raison du préjudice qu'il subit de ce fait (art. 97 al. 1 CO). Avec pour conséquence que, selon la nature de la réparation imposée au vendeur, il est tout à fait concevable, dans les faits, que les effets du transfert des risques soient écartés. Admettons que l'acheteur parvienne à démontrer que la marchandise qui lui était destinée n'aurait pas fortuitement péri ou disparu s'il avait été dûment informé qu'elle était à sa disposition, individualisée, au lieu d'exécution. Si, au titre de la réparation due par le vendeur selon l'art. 97 al. 1 CO, le juge condamne celui-ci à livrer à l'acheteur une nouvelle chose du genre convenu¹⁴¹, tout se passe en pratique comme si le risque de l'impossibilité de la prestation du vendeur n'avait pas passé à l'acheteur au moment de l'individualisation de la marchandise¹⁴².

bb. Effet juridique — le transfert des risques dès que la chose de genre est individualisée au lieu d'exécution

4.208 De ce qui précède, il résulte que le transfert à l'acheteur des risques de l'impossibilité et du prix intervient au plus tôt lorsque les conditions ci-dessus sont cumulativement réalisées, c'est-à-dire lorsque la chose de genre destinée à l'acheteur est à sa disposition, dûment individualisée, au lieu d'exécution convenu ou légal.

¹³⁹ L'art. 2 al. 1 CCS peut en effet imposer au vendeur une telle obligation d'information chaque fois qu'il sait ou doit savoir que l'acheteur n'est pas en mesure de connaître de façon précise la date ou la période à laquelle la marchandise sera à sa disposition, dûment individualisée.

¹⁴⁰ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 87 à l'art. 185 CO. Les parties peuvent évidemment prévoir expressément que le transfert des risques dépendra d'un avis à l'acheteur; il est également possible que l'interprétation de la convention des parties révèle une volonté commune de faire dépendre le transfert des risques de l'expédition d'un avis à l'acheteur.

¹⁴¹ Ce que l'art. 43 al. 1 CO, applicable à la responsabilité contractuelle par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, lui donne pouvoir de faire.

¹⁴² Cf. également SCHÖNLE, n. 87 à l'art. 185 CO.

Toutefois, s'il est convenu que la mise à disposition au lieu d'exécution doit intervenir pendant une période déterminée ou à un moment précis, le risque du prix ne devrait pas passer à l'acquéreur avant le début de cette période ou avant le moment en question, et cela même si le vendeur est parvenu à présenter la marchandise au lieu d'exécution *avant* ce moment ou cette période. La stipulation d'une date à compter de laquelle, ou d'un moment auquel la mise à disposition dans un établissement du vendeur sera exigible doit en effet être comprise comme une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, justifiant qu'exceptionnellement le transfert du risque du prix n'ait pas lieu dès la mise à disposition de la marchandise individualisée au lieu convenu mais qu'il soit retardé jusqu'à l'échéance contractuellement prévue pour cette mise à disposition¹⁴³.

4.208b Bien que le risque du prix passe à l'acheteur au moment auquel la marchandise est mise à sa disposition, dûment individualisée, au lieu d'exécution convenu, le vendeur ne peut bien évidemment laisser la chose destinée à l'acheteur sans aucune surveillance.

Il a à cet égard un devoir accessoire, déduit de l'art. 2 al. 1 CCS, de pourvoir à la protection de la marchandise et de prévenir les dommages. Si, par exemple, la marchandise périt après le moment du transfert des risques par cas fortuit, mais qu'il est établi que cet événement n'aurait pas touché la marchandise si le vendeur avait pris les précautions que l'on eût été en droit d'exiger de lui selon les règles de la bonne foi, la responsabilité qu'encourt le vendeur selon l'art. 97 al. 1 CO pour violation de son devoir accessoire de garde empêche l'application de l'art. 119 al. 1 CO et, par voie de conséquence, celle de l'art. 185 CO¹⁴⁴.

3. *Le transfert du risque du prix en cas de vente avec dette quérable portant sur un corps certain*

aa. Régime juridique et conditions

4.209 En matière de vente de corps certains, c'est *a priori* la règle générale de l'art. 185 al. 1 CO qui s'applique, selon laquelle «*les risques (...) de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières*».

¹⁴³ C'est également là la solution retenue par la Convention de Vienne, cf. *supra*, ch. 4.159.

¹⁴⁴ La Convention de Vienne consacre un résultat analogue. Cf. *supra*, ch. 4.176 *in fine* et les réf. citées.

Ainsi qu'on l'a vu¹⁴⁵, le risque de l'impossibilité de la prestation du vendeur passe nécessairement à l'acheteur, dans les ventes de corps certains, au moment de la conclusion du contrat¹⁴⁶. Cette solution, imposée par la logique même et non par l'art. 185 al. 1 CO, ne souffre aucune exception.

Une partie de la doctrine¹⁴⁷ est d'avis que le risque du prix doit également être transféré à l'acheteur lors de la conclusion du contrat, que la dette du vendeur soit portable, quérable ou sujette à expédition. Or, ce résultat, qui, de l'aveu même de ses partisans, peut conduire à des situations insatisfaisantes, n'est imposé

- ni par l'art. 185 al. 1 CO, qui admet explicitement les exceptions résultant de stipulations ou circonstances particulières¹⁴⁸,
- ni par les rapports entre les art. 119 et 185 CO, qui exigent uniquement que le risque du prix ne soit pas transféré à l'acheteur *avant* celui de l'impossibilité de la prestation, mais qui n'imposent pas que les deux risques passent en même temps¹⁴⁹.

4.210 Vu la similitude entre corps certains et choses de genre individualisées, il n'existe, selon l'opinion défendue ici, aucun motif convaincant de soumettre le transfert du risque du prix dans la vente des premiers à des règles différentes de celles applicables à la vente des secondes.

En tout état, le principe de base paraît donc être que le risque du prix ne doit être transféré à l'acheteur qu'à la condition (a) que la marchandise qui lui est destinée – corps certain ou chose de genre individualisée – se trouve au lieu d'exécution prévu par le contrat ou subsidiairement par la loi, et (b) qu'en ce lieu, le vendeur ait exécuté toutes les obligations mises à sa charge, ou, plus exactement, «offert le résultat» de toutes les obligations mises à sa charge.

4.211 Sauf stipulation contraire, la vente d'un corps certain fonde une dette quérable (art. 74 al. 2, ch. 2 CO). Les obligations qui en découlent doivent

¹⁴⁵ Cf. *supra*, ch. 2.55 ss.

¹⁴⁶ C'est-à-dire dès la réception de l'acceptation ou, dans les hypothèses de l'art. 6 CO, à l'expiration du délai raisonnable de refus. Cf. à ce propos *supra*, ch. 4.82 et les réf. citées, en particulier THÉVENOZ, p. 483 et SCHÖNLE, n. 45a à l'art. 185 CO.

¹⁴⁷ Cf. les réf. citées *supra*, ch. 2.56 et 2.117 ss.

¹⁴⁸ Ainsi qu'on l'a vu (cf. *supra*, ch. 2.117 ss et 2.121), l'accord des parties sur une dette portable ou sujette à expédition peut fort bien être interprété comme une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, justifiant dès lors une dérogation à la réglementation légale en matière de transfert des risques.

¹⁴⁹ Cf. *supra*, ch. 2.119 *in fine*.

être exécutées au lieu où la chose vendue se trouvait au moment de la conclusion du contrat; c'est en ce lieu que le vendeur doit mettre la chose à la disposition de l'acheteur et c'est en ce lieu que l'acheteur doit venir la chercher.

Il s'ensuit que, si les parties ne conviennent d'aucun lieu particulier pour la livraison du corps certain à l'acheteur en vue du transfert de possession et de propriété, le corps certain vendu et destiné à l'acheteur se trouve dès la conclusion du contrat au lieu d'exécution, en sorte que l'acheteur en a simultanément, dès ce moment, les risques de l'impossibilité et du prix¹⁵⁰.

4.212 Selon l'opinion défendue ici¹⁵¹, il s'ensuit également que, si les parties sont convenues que l'acheteur doit chercher le corps certain qui lui est destiné en un lieu autre que celui retenu à l'art. 74 al. 2, ch. 2 CO, le risque du prix ne saurait lui être transféré tant que le corps certain n'est pas à sa disposition en ce lieu d'exécution particulier, et cela quand bien même il supporte déjà dès la conclusion du contrat le risque de l'impossibilité de la prestation du vendeur. Ainsi que cela a déjà été souligné en matière de dettes sujettes à expédition, cette solution est expressément autorisée par le texte de l'art. 185 al. 1 CO: tout accord des parties tendant à déplacer le lieu d'exécution d'une vente d'un corps certain doit en effet être compris comme une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* impliquant que le moment du transfert du risque du prix soit différé jusqu'à ce que le corps certain vendu à l'acheteur se trouve à sa disposition au lieu d'exécution particulier convenu¹⁵².

4.213 Tout comme en matière vente de choses de genre avec dette quérable, le risque du prix est transféré à l'acheteur même s'il n'est pas informé que le corps certain est à sa disposition au lieu d'exécution¹⁵³.

Cela étant, si le vendeur a une obligation contractuelle ou légale¹⁵⁴ d'aviser l'acheteur que le corps certain est à sa disposition au lieu d'exécution, une

¹⁵⁰ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 45 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

¹⁵¹ Cf. *supra*, ch. 2.120 et les réf. citées.

¹⁵² A noter que KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 30 à l'art. 185 CO, parvient à un résultat comparable. Toutefois, ainsi que cela a déjà été souligné, *supra*, ch. 2.119 s., son raisonnement prête le flanc à la critique, puisqu'il ne distingue pas le risque de l'impossibilité (que l'acheteur supporte obligatoirement dès la conclusion du contrat) et celui du prix (qui, lui, peut passer plus tard). C'est du reste également l'un des reproches que lui adresse SCHÖNLE, n. 45 à l'art. 185 CO et les réf. citées

¹⁵³ Avis contraire chez KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n., n. 29 *in fine* 185 et les réf. citées chez OSER/SCHÖNENBERGER, n. 16 à l'art. 74 CO.

¹⁵⁴ Devoir accessoire mis à la charge du vendeur par les règles de la bonne foi, art. 2 al. 1 CCS.

inobservation de ce devoir par le vendeur peut entraîner, comme toute violation fautive d'obligations préexistantes, une obligation d'indemniser l'acheteur en raison du préjudice qu'il subit de ce fait (art. 97 al. 1 CO).

Admettons que l'acheteur parvienne à démontrer que le corps certain n'aurait pas fortuitement péri ou disparu s'il avait été dûment informé qu'il était à sa disposition au lieu d'exécution. Selon le montant de l'indemnité allouée à l'acheteur de ce chef, il se peut donc, dans les faits, que sa dette de prix fondée sur les art. 184, 211, 213 et 185 CO soit compensée en tout ou partie par les dommages-intérêts que le vendeur lui doit sur la base de l'art. 97 CO.

Une violation par le vendeur de son obligation contractuelle ou légale d'informer peut donc concrètement conduire à une limitation, voire à une annulation des effets du transfert du risque du prix. Cela ne saurait cependant faire de l'observation de ce devoir une condition du transfert des risques.

bb. Effet juridique – le transfert des risques dès que le corps certain est au lieu d'exécution

4.214 Comme dans toutes les ventes de corps certains et pour les raisons déjà développées, le transfert du risque de l'impossibilité survient invariablement lors de la conclusion du contrat.

4.215 Le risque du prix, pour sa part, passe à l'acheteur lorsque le corps certain est à sa disposition au lieu d'exécution convenu ou, à défaut de convention sur ce point, au lieu d'exécution prévu par la loi. Dans ce dernier cas, il passe à l'acheteur en même temps que celui de l'impossibilité, soit lors de la conclusion du contrat.

Comme en matière de choses de genre¹⁵⁵, s'il est convenu que la mise à disposition au lieu d'exécution doit intervenir pendant une période déterminée ou à un moment précis, le risque du prix ne doit pas passer à l'acquéreur avant le début de cette période ou avant le moment en question, et cela même si le vendeur est parvenu à présenter la marchandise au lieu d'exécution *avant* ce moment ou cette période. La stipulation d'une date à compter de laquelle ou d'un moment auquel la mise à disposition dans un établissement du vendeur sera exigible doit en effet être comprise comme une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, justifiant qu'exceptionnellement le transfert du risque du prix n'ait pas lieu dès la mise à disposition du corps

¹⁵⁵ Cf. également *supra*, ch. 4.208 et les renvois.

certain au lieu convenu mais qu'il soit retardé jusqu'à l'échéance contractuellement prévue pour cette mise à disposition.

4. *Vue d'ensemble et comparaisons*

4.216 Les principes exposés ci-dessus, qui régissent en droit suisse le transfert des risques dans les ventes avec dette quérable au domicile du vendeur ou en l'un de ses établissements, peuvent être comparés à l'art. 69 al. 1 CV, qui règle, lui aussi, le transfert du risque du prix dans les ventes dans lesquelles les parties sont convenues que l'acheteur doit retirer la marchandise au domicile ou dans un établissement du vendeur¹⁵⁶.

4.217 Selon le Code des obligations, sauf stipulation d'une date particulière de mise à disposition¹⁵⁷, le risque du prix dans une vente avec dette quérable est transféré à l'acheteur au moment auquel la chose qui lui est destinée *se trouve à sa disposition* au lieu d'exécution, cette solution devant s'appliquer indifféremment, selon l'opinion soutenue ici, aux ventes de corps certains et de choses déterminées par leur genre¹⁵⁸.

Dans ces mêmes cas, l'art. 69 al. 1 CV transfère le risque du prix à l'acheteur, soit lorsqu'il *retire* à l'établissement du vendeur la marchandise — corps certain ou chose de genre individualisée — qui lui est destinée, soit, s'il ne la retire pas en temps voulu, dès que cette marchandise, le cas échéant individualisée, est à sa disposition et que sa demeure constitue une contravention au contrat.

Comparé au système mis en place par l'art. 69 al. 1 CV, le Code des obligations transfère le risque du prix à l'acheteur plus rapidement que la Convention de Vienne, puisque ce transfert intervient dans tous les cas dès que la marchandise, le cas échéant individualisée, est mise à la disposition de l'acheteur au lieu d'exécution convenu¹⁵⁹. Dans cette mesure, la solution du Code des obligations peut être moins favorable à l'acheteur que celle de la Convention de Vienne.

Cette différence entre les deux systèmes est surtout sensible lorsque le contrat de vente prévoit une certaine période pendant laquelle l'acheteur doit

¹⁵⁶ Cf. *supra*, ch. 4.151, 4.153. Cf. également SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, p. 129, ch. 232.

¹⁵⁷ Auquel cas le risque du prix ne peut passer à l'acheteur avant cette date, cf. *supra*, ch. 4.208 et 4.214.

¹⁵⁸ Cf. *supra*, ch. 4.208 et 4.215.

¹⁵⁹ Cette règle s'apparente du reste à l'INCOTERM Ex Works. Cf. *infra*, ch. 4.258 s.

prendre livraison de la marchandise à l'établissement du vendeur. Ainsi, le contrat stipule que l'acheteur doit retirer la marchandise pendant le mois de septembre. Le 1er septembre, conformément à l'obligation qui lui est faite, le vendeur met la marchandise, le cas échéant dûment individualisée, à la disposition de l'acheteur. Le 12 septembre, avant que l'acheteur n'en ait pris livraison, les pièces qui lui sont destinées périssent dans l'incendie de l'établissement du vendeur, sans aucune faute de ce dernier. L'établissement du vendeur et son contenu sont intégralement assurés contre l'incendie.

Selon l'art. 69 al. 1 CV, les risques passent à l'acheteur quand il retire les marchandises ou dès qu'il commet une contravention au contrat en ne les retirant pas. En l'espèce, l'acheteur peut retirer les marchandises jusqu'au 30 septembre; avant cette date, il ne commet donc aucune contravention au contrat en ne les retirant pas. Au 12 septembre, il n'a pas encore retiré les marchandises, mais ce non-retrait ne constitue pas une contravention au contrat. Les risques ne sont donc pas à sa charge au moment auquel les marchandises qui lui sont destinées périssent fortuitement dans l'incendie. Le vendeur ne peut donc lui réclamer le prix de vente sur la base des art. 66 et 69 al. 1 CV. Il recevra en revanche une indemnité de son assureur.

Selon le Code des obligations, l'acheteur supporte le risque du prix dès le moment auquel les marchandises qui lui sont destinées sont mises à sa disposition au lieu d'exécution convenu, soit dès le 1er septembre. La destruction fortuite des pièces, le 12 septembre, survient donc aux risques de l'acheteur; le vendeur est légitimé à lui réclamer le prix de vente sur la base des art. 119 al. 1 et 3, 185 et 211 CO. Il reste néanmoins tenu de lui transférer toute éventuelle valeur de remplacement qu'il reçoit de l'assureur ou de lui céder les droits qu'il a contre ce dernier. Or, une action de l'acheteur contre l'assureur du vendeur peut se révéler longue et compliquée, voire coûteuse, en raison notamment des difficultés procédurales et de preuve auxquelles l'acheteur pourra être confronté¹⁶⁰.

Ainsi, pour obtenir une situation économiquement comparable à celle qu'il aurait si la vente était soumise à la Convention de Vienne, l'acheteur, dans une vente avec dette quérable soumise au Code des obligations, peut être tenu d'accomplir à ses frais diverses démarches qui incombent au vendeur

¹⁶⁰ C'est précisément là ce que la Convention de Vienne veut éviter, en mettant les risques à la charge de la partie qui est la mieux placée pour surveiller la marchandise, l'assureur, agir contre un éventuel tiers responsable d'un dommage et/ou intervenir auprès de l'assureur (cf. *supra*, ch. 4.174). Or, dans la vente au départ (au domicile ou dans un établissement du vendeur), c'est vraisemblablement ce dernier qui est le mieux à même d'intervenir à moindres coûts dans un sens ou un autre et d'apporter les cas échéant les preuves requises.

selon la Convention de Vienne. Démarches qui peuvent se révéler d'autant plus difficiles que l'acheteur ne possédera généralement pas tous les éléments pour le faire et qu'il sera le plus souvent géographiquement éloigné du lieu de survenance de l'événement fortuit et du siège de l'assureur.

4.218 A noter enfin que le Code des obligations consacre un cas de dette quérable que la Convention de Vienne pour sa part ne soumettrait pas à l'alinéa premier mais à l'alinéa second de l'art. 69.

Si la vente porte sur un corps certain qui se trouve au moment de la conclusion du contrat, à la connaissance des deux parties et avec leur accord, en un lieu autre que le domicile ou un établissement du vendeur, ce lieu est, en droit suisse et sauf stipulation contraire des parties, lieu d'exécution¹⁶¹. Avec pour double conséquence (a) que la dette du vendeur est réputée quérable en ce lieu¹⁶² et (b) que le risque du prix est donc transféré à l'acheteur dès que la chose vendue s'y trouve à sa disposition. Ce qui signifie concrètement que, sauf stipulation d'une date de livraison particulière¹⁶³, l'acheteur supporte le risque du prix dès la conclusion du contrat, puisque dès ce moment le corps certain est à sa disposition au lieu d'exécution¹⁶⁴.

Dans la Convention de Vienne, ce cas particulier serait soumis à l'art. 69 al. 2 CV, puisque l'acheteur n'est pas tenu de retirer la marchandise en un établissement du vendeur. Le risque du prix passe donc à l'acquéreur dès que la livraison est due, que la chose est à sa disposition au lieu convenu et que l'acheteur en est informé. Ce qui conduit donc concrètement à un résultat identique à celui consacré par le Code des obligations: dans les deux cas et sauf stipulation d'une échéance particulière, l'acheteur supporte le risque du prix dès la conclusion du contrat, puisque dès ce moment il sait que le corps certain est à sa disposition au lieu d'exécution.

b. Les ventes avec dette portable

1. *Délimitations et définitions*

4.219 Une vente fonde une dette dite *portable* (*Bringschuld*) lorsque les parties conviennent d'un *lieu d'exécution* auquel le vendeur doit *apporter*

¹⁶¹ Cf. art. 74 al. 2 ch. 2 CO.

¹⁶² Cf. *supra*, ch. 4.196b et 4.197b.

¹⁶³ Auquel cas le risque du prix ne peut être transféré à l'acheteur avant cette date; cf. *supra*, ch. 4.215.

¹⁶⁴ Cf. *supra*, ch. 4.196b et 4.197b.

(*bringen*) la chose – corps certain ou chose déterminée par son genre – pour qu'elle y soit remise à l'acheteur. Ce lieu d'exécution est ainsi également le lieu où doit intervenir le transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété, c'est-à-dire le lieu où doit se produire le résultat de la vente (lieu de livraison et de résultat, «*Ablieferungs- und Erfolgsort*»)¹⁶⁵.

4.220 Dans les faits, ce lieu d'exécution et de résultat est fréquemment le domicile ou un établissement de l'acheteur; la vente avec dette portable est en effet *a priori* une vente «à l'arrivée». Néanmoins, ce lieu peut être également tout autre endroit auquel le vendeur doit porter la marchandise, où elle est remise à l'acheteur¹⁶⁶.

En tout état, ce lieu d'exécution et de résultat fixé par les parties doit être distinct de celui prévu par l'art. 74 al. 2, ch. 2 ou 3 CO ou d'un établissement du vendeur. A défaut, la dette ne serait pas portable, mais quérable¹⁶⁷.

4.221 Une vente avec dette portable suppose ainsi qu'il y ait une *distance* entre, d'une part, le domicile du vendeur ou le lieu de situation de la chose lors de la conclusion du contrat et, d'autre part, le lieu d'exécution et de résultat.

Pour que l'on puisse parler de dette *portable*, le contrat, interprété le cas échéant selon le principe de la confiance, doit donc mettre à la charge du vendeur le franchissement de cette distance: le transport de la marchandise jusqu'au lieu d'exécution et de résultat, où elle sera remise à l'acheteur ou son représentant, est une obligation du vendeur¹⁶⁸.

4.222 Cette obligation contractuelle du vendeur de procéder au transport de la marchandise jusqu'à l'acheteur distingue fondamentalement les dettes portables de celles sujettes à expédition, dans lesquelles le rôle du vendeur est nécessairement limité à la mise en œuvre d'un transporteur indépendant¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 25 à l'art. 185 CO; SCHÖNLE, n. 43 à l'art. 185 CO et les réf. citées; SCHMUTZ, p. 48, n. 5 en bas de page; GIGER, n. 11 et 16 à l'art. 189 CO. Voir également CAVIN, p. 39: «la chose est livrée au lieu d'exécution».

¹⁶⁶ Cf. SCHÖNLE, n. 43 à l'art. 185 CO: «... oder an einem anderen vereinbarten Bestimmungsort, der auch Erfüllungsort ist».

¹⁶⁷ Cf. *supra*, ch. 4.197 ss.

¹⁶⁸ Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 25 à l'art. 185 CO et SCHÖNLE, n. 43 *in fine* et 44 à l'art. 185 CO.

¹⁶⁹ Cf. *supra*, ch. 4.54 ss et SCHÖNLE, n. 43 *in fine* et 44 à l'art. 185 CO et les réf. citées. ATF 52 II 365.

En outre, deux autres éléments importants doivent également permettre de distinguer les ventes avec dette portable de celles avec dette sujette à expédition:

- dans la vente avec dette portable, les lieux d'exécution et de résultat sont nécessairement réunis, alors que dans la vente avec dette sujette à expédition ils sont par définition distincts¹⁷⁰;
- dans la vente avec dette portable, le lieu d'exécution est nécessairement distinct d'un établissement du vendeur ou des lieux retenus par l'art. 74 al. 2, ch. 2 et 3 CO, alors que dans la vente avec dette sujette à expédition l'exécution peut fort bien intervenir au domicile du vendeur ou au lieu de situation de la chose¹⁷¹.

Cela étant, si le contrat de vente prévoit un transport de la marchandise à destination de l'acheteur sans toutefois exprimer clairement qu'il s'agit d'une dette portable du vendeur et sans que son interprétation, selon le principe de la confiance et à la lumière des critères ci-dessus, ne permette de conclure à l'existence d'une telle dette, il faudra, dans le doute et à la lumière de l'art. 74 al. 2 ch. 2 et 3 CO, admettre l'existence d'une vente avec dette sujette à expédition¹⁷².

4.223 Les obligations du vendeur n'étant pas les mêmes dans les ventes de choses déterminées par leur genre et dans celles de corps certains, les conditions du transfert à l'acheteur du risque du prix dans une vente avec dette portable vont différer, tout comme dans les ventes avec dette quérable ou sujette à expédition, selon que la vente a pour objet une chose de genre (*infra*, 2) ou un corps certain (*infra*, 3).

2. *Le régime juridique et les conditions du transfert du risque du prix en cas de vente avec dette portable portant sur une chose déterminée par son genre.*

aa. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO

4.224 La seule disposition légale traitant du transfert des risques dans les ventes de choses de genre est l'art. 185 al. 2 CO. Elle est cependant inapplicable au cas des ventes avec dette portable.

¹⁷⁰ Cf. *supra*, ch. 4.48 ss; voir également SCHÖNLE, n. 43 à l'art. 185 CO.

¹⁷¹ Cf. *supra*, ch. 4.49.

¹⁷² Cf. dans le même sens WEBER, n. 142 à l'art. 74 CO et SCHÖNLE, n. 44 à l'art. 185 CO.

i. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase

4.225 Tout d'abord, l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase est inapplicable aux ventes de choses de genre avec dette portable du vendeur, et cela même si dans les faits l'acheminement à l'acheteur de la marchandise individualisée est confié par le vendeur à un transporteur indépendant.

4.226 L'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase ne s'applique en effet qu'aux ventes de choses de genre avec dette sujette à expédition, c'est-à-dire aux cas dans lesquels le vendeur doit expédier la chose par les soins d'un transporteur indépendant d'un *lieu d'exécution*, où la marchandise est remise au transporteur, jusqu'en un *lieu de destination*, où elle est remise à l'acheteur ou son représentant¹⁷³.

Les transports soumis à l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase sont donc exclusivement des transports entre le lieu d'exécution et celui de destination (ou de résultat). En revanche, pour les motifs déjà exposés¹⁷⁴, l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase ne peut pas s'appliquer aux expéditions ou transports de la marchandise, même dûment individualisée, antérieurs à son arrivée au lieu d'exécution.

Or, selon la définition des ventes avec dette portable, le lieu d'exécution est également lieu de destination, de livraison et de résultat. Les ventes avec dette portable du vendeur ne laissent ainsi aucune place à une expédition de la marchandise entre le lieu d'exécution et celui de destination qui serait soumise à l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase; les seuls transports envisageables dans une vente avec dette portable sont donc des déplacements antérieurs à l'arrivée de la marchandise au lieu d'exécution, hypothèse clairement non couverte par l'art. 185 al. 2 CO, 2e phrase¹⁷⁵.

ii. Inapplicabilité de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase.

4.227 Certains auteurs appliquent l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase aux ventes de choses de genre avec dette portable du vendeur¹⁷⁶, avec pour consé-

¹⁷³ Cf. *supra*, ch. 4.64 ss et SCHÖNLE n. 36 et 92 à l'art. 185 CO.

¹⁷⁴ Cf. *supra*, ch. 4.64 ss et SCHÖNLE, n. 36 à l'art. 185 CO. Cf. également ATF 84 II 158, 160: «la disposition de l'art. 185 al. 2 *in fine* CO se rapporte uniquement aux ventes à distance, c'est-à-dire aux ventes dans lesquelles la chose n'est pas livrée au lieu de l'exécution, mais doit être expédiée (...) dans un autre lieu».

¹⁷⁵ Cf. dans le même sens KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 25 *in fine* à l'art. 185 CO.

¹⁷⁶ Cf. KELLER/LOERTSCHER, p. 25; HEGETSCHWEILER, p. 86; voir également les auteurs cités par SCHMUTZ, pp. 47 ss, en particulier aux n. 3 et 4, p. 49.

quence que le risque du prix passerait à l'acheteur dès l'individualisation de la marchandise qui lui est destinée.

Cet avis méconnaît l'importance, pour le transfert des risques, du lieu d'exécution et de l'exécution en ce lieu: tant que le vendeur n'a pas exécuté au lieu convenu toutes les obligations mises à sa charge par le contrat, au nombre desquelles l'individualisation d'une marchandise du genre convenu, les risques de sa prestation¹⁷⁷ et du prix ne passent pas à l'acheteur.

En d'autres termes, tout comme dans une vente avec dette sujette à expédition ou quérable¹⁷⁸, il ne suffit pas pour le transfert des risques que la chose de genre soit individualisée, il faut encore qu'elle le soit au lieu d'exécution¹⁷⁹.

Une application de l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase aux ventes de choses de genre avec dette portable du vendeur paraît donc un non-sens: elle reviendrait à opérer le transfert du risque du prix à un moment où le risque de la prestation du vendeur n'est pas encore à la charge de l'acheteur. En outre, paradoxalement, une telle solution déchargerait le vendeur des risques de la prestation et du prix plus tôt que s'il avait été tenu d'une dette sujette à expédition, alors qu'il conserve la maîtrise sur la chose plus longtemps¹⁸⁰.

4.228 Le transfert des risques dans la vente de choses de genre avec dette portable du vendeur n'étant ainsi réglé par la lettre ou l'esprit d'aucune disposition légale¹⁸¹, il y a lieu de rechercher, conformément à la directive de l'art. 1 al. 2 CCS, la règle applicable à cette question.

bb. Les conditions du transfert du risque du prix

i. Le transfert du risque de la prestation du vendeur – rappels et précisions

4.229 L'acheteur ne supporte le risque de la prestation du vendeur qu'à compter du moment où, bien qu'il ne reçoive pas la chose vendue ou qu'il ne la reçoive que partiellement ou en mauvais état, il ne peut plus agir contre le vendeur en exécution, en dommages-intérêts ou en garantie.

¹⁷⁷ Cf. *supra*, ch. 2.50 ss.

¹⁷⁸ Cf. *supra*, ch. 4.65 ss et 4.201 ss.

¹⁷⁹ Cf. également SCHÖNLE, n. 33 s. et 109 à l'art. 185 CO.

¹⁸⁰ Voir dans le même sens KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO; CAVIN, p. 40, qui ne tire malheureusement pas de cette constatation les conséquences qui s'imposent; SCHMUTZ, p. 49.

¹⁸¹ Cf. KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 *in initio* à l'art. 185 CO; SCHÖNLE, n. 110 à l'art. 185 CO.

Dans les ventes de choses déterminées par leur genre, le moment à partir duquel l'acheteur est privé de tout moyen contre le vendeur malgré l'inexécution ou l'exécution partielle de la vente est le moment auquel le vendeur a accompli, au lieu d'exécution convenu, toutes les prestations mises à sa charge par le contrat en vue du transfert à l'acheteur de la possession et de la propriété de la chose qui lui est destinée¹⁸².

4.230 Il découle de ce qui précède qu'en cas de dette portable portant sur des choses de genre, le risque de la prestation du vendeur ne saurait passer à l'acheteur avant que le vendeur ait:

- (a) acheminé au lieu d'exécution convenu une marchandise du genre et de la qualité contractuellement définis¹⁸³ et
- (b) exécuté en ce lieu et dans les délais convenus toutes les autres obligations mises à sa charge, ce qui signifie essentiellement qu'il doit y avoir offert à l'acheteur (ou à son représentant) cette marchandise dûment individualisée¹⁸⁴.

4.231 Tant que le résultat des devoirs ci-dessus ne se retrouve pas au lieu d'exécution convenu, le vendeur n'a pas valablement exécuté les obligations mises à sa charge, et l'acheteur conserve contre lui une action en exécution¹⁸⁵, augmentée le cas échéant de dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive¹⁸⁶. Or, on l'a vu, tant que l'acheteur conserve une telle action contre le vendeur, les risques de la prestation et du prix ne lui sont pas transférés.

Cette action en exécution de l'acheteur est néanmoins soumise aux deux conditions suivantes.

Elle ne doit pas constituer un abus de droit, ce qui pourrait être le cas si l'acheteur, prenant par exemple prétexte d'une altération insignifiante de la marchandise au cours de son acheminement ou d'une autre déviation minime

¹⁸² Cf. *supra*, ch. 2.50 ss. Cf. également SCHÖNLE, n. 33 s. et 109 à l'art. 185 CO.

¹⁸³ Ou d'une qualité au moins moyenne, si aucune qualité particulière n'a été contractuellement définie, cf. art. 71 al. 2 CO.

¹⁸⁴ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 106 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

¹⁸⁵ Cf. art. 19 CO, art. 102/107 al. 2 CO 1^{ère} voie, art 191 al. 2 CO et art. 206 CO.

¹⁸⁶ Cf. art. 103 et 107 al. 2 CO, 1^{ère} voie. Le fait que le vendeur puisse se soustraire à cette responsabilité en apportant la preuve libératoire réservée par l'art. 103 al. 2 CO, voire celle prévue dans le cadre de l'art. 101 CO pour le cas où il aurait eu recours à des auxiliaires pour l'exécution de tout ou partie de ses obligations, ne modifie en rien son obligation d'apporter au lieu d'exécution convenu une nouvelle prestation du même genre. Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 107 à l'art. 185 CO.

dans l'exécution du contrat, persistait à réclamer une nouvelle exécution complète de la prestation¹⁸⁷. Dans ce cas, l'action abusive de l'acheteur en exécution ne serait pas protégée par la loi (art. 2 al. 2 CCS) et l'exécution offerte par le vendeur serait réputée parfaite.

En outre, la prestation du vendeur doit être encore objectivement possible au sens défini ci-dessus. Si, par exemple, la pièce qui vient de périr ou d'être détériorée au cours de son transport à destination de l'acheteur était la dernière du genre convenu, l'acheteur n'aura plus d'action en exécution contre le vendeur.

4.232 Résulte-t-il de ce qui précède que les risques de la prestation et du prix sont transférés à l'acheteur dès que le vendeur fournit au lieu d'exécution convenu toutes les prestations mises à sa charge, c'est-à-dire, plus précisément, dès qu'il offre à l'acheteur (ou à son représentant), en ce lieu et à temps, une marchandise dûment individualisée, de la qualité et du genre dus?

Une partie importante de la doctrine¹⁸⁸ considère que, dans les ventes avec dette portable portant sur une chose de genre, il faut encore que l'acheteur se trouve en demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO pour que les risques de la prestation et du prix lui soient transférés. Cette construction, qui paraît juste, appelle les précisions suivantes.

- ii. Une condition particulière du transfert du risque du prix dans les ventes avec dette portable portant sur une chose de genre: la demeure de créancier de l'acheteur

4.233 Dans la recherche d'une norme applicable au transfert des risques en cas de vente de choses de genre avec dette portable du vendeur, un principe est acquis: le transfert du risque du prix ne peut intervenir avant le transfert du risque de la prestation du vendeur, et ce risque de la prestation ne peut passer à l'acheteur avant que le vendeur ait apporté au lieu d'exécution convenu et à temps, une marchandise dûment individualisée, de la qualité et du genre dus.

A partir de là, trois moments peuvent être envisagés pour le transfert à l'acheteur des risques de la prestation et du prix:

¹⁸⁷ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 107 à l'art. 185 CO.

¹⁸⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 106 ss, **109-110** à l'art. 185 CO; BUCHER, AT, pp. 324 s.; GAUCH/SCHLUEP, t. II, ch. 2497; ENGEL, Traité, pp. 447 s.; VON TUHR/ESCHER, pp. 74 s., avec cependant quelques nuances; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 242.

- (a) le moment auquel le vendeur offre sa prestation au lieu d'exécution;
- (b) le moment auquel l'acheteur accepte cette prestation, en en prenant livraison au lieu d'exécution;
- (c) le moment auquel l'acheteur est en demeure d'accepter la prestation conforme qui lui est régulièrement offerte au lieu d'exécution.

4.234 En raison de l'obligation contractuelle du vendeur d'apporter la chose vendue au lieu d'exécution et de destination convenu et de l'y *remettre* à l'acheteur aux fins du transfert de possession et de propriété (art. 184 al. 1 CO), la première proposition ci-dessus¹⁸⁹ paraît devoir être écartée, dans la mesure où elle permettrait de faire passer à l'acheteur les risques de la prestation et du prix avant que le vendeur ait exécuté au lieu d'exécution convenu tout ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui.

Ainsi, en principe, conformément à la définition d'une vente avec dette portable du vendeur, les risques de la prestation et du prix ne doivent passer à l'acheteur qu'au moment auquel la marchandise dûment individualisée, de la qualité et du genre convenus lui est *remise* au lieu d'exécution¹⁹⁰. C'est donc la deuxième proposition ci-dessus qui doit être la règle, tempérée toutefois par la troisième. En effet, afin d'éviter que le vendeur ne doive pâtir d'une éventuelle lenteur de l'acheteur ou d'une autre négligence de sa part, voire de sa mauvaise volonté¹⁹¹, il est nécessaire de fixer une limite ultime au-delà de laquelle les risques de la marchandise dûment mise à disposition passent de toute façon à l'acheteur, même si la tradition n'a pas pu avoir lieu. En accord avec la jurisprudence et une doctrine largement majoritaire, cette ultime limite doit être le moment auquel l'acheteur se trouve en demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO¹⁹².

¹⁸⁹ C'est néanmoins la solution proposée notamment par KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO.

¹⁹⁰ S'agissant de la détermination du moment exact de la *remise* et donc du transfert des risques, voir les principes exposés ci-dessus en matière de dettes sujettes à expédition (cf. *supra*, ch. 4.68 ss et les renvois).

¹⁹¹ Cf. dans le même sens VON TUHR/ESCHER, p. 75 *in initio*; WEBER, n. 18 *in fine* à l'art. 92 CO.

¹⁹² Cf. *supra*, ch. 2.139 ss; voir également RSJ 1960, p. 77, no 25; SCHÖNLE, n. 109 s. à l'art. 185 CO; VON TUHR/ESCHER, p. 74 s., ch. 2; BUCHER, A.T., p. 324 s.; GAUCH/SCHLUEP, t. II, ch. 2497; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 242. Avis contraire (a) chez les auteurs cités ci-dessus ch. 4.227, selon lesquels le transfert des risques en cas de dette portable du vendeur portant sur des choses de genre est réglé par l'art. 185 al. 2 CO, 1ère phrase, et (b) chez KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO, qui considère que le transfert des risques de la prestation et du prix a lieu «wenn der Verkäufer die Leistung am Erfüllungsort bereithält und anbietet», en précisant que «Übergabe der Sache ist hingegen nicht erforderlich, auch nicht Gläubigerverzug».

4.235 Deux éléments au moins justifient cette solution:

- tout d'abord, l'art. 376 al. 1 CO *in fine*, qui exprime le principe général selon lequel, dans les contrats synallagmatiques, le risque du prix passe au créancier au plus tard au moment de sa demeure d'acceptation¹⁹³;
- ensuite, l'art. 2 CCS, selon lequel l'acheteur qui tarde sans raison à prendre livraison de la marchandise dûment mise à sa disposition au lieu d'exécution convenu ne devrait pas pouvoir se prévaloir d'une inexécution, lorsque celle-ci est due à un cas fortuit qui n'aurait précisément pas atteint la marchandise si l'acheteur en avait pris livraison conformément au contrat.

4.236 Le transfert des risques dans les ventes de choses de genre avec dette portable du vendeur paraît donc devoir être réglé comme suit, selon une norme que le juge devrait le cas échéant établir conformément à l'art. 1 al. 2 CCS.

Les risques de la prestation du vendeur et du prix passent à l'acheteur dès que le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu le dernier des actes que l'acheteur est en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la possession et de la propriété d'une marchandise individualisée, de la qualité et du genre convenu, c'est-à-dire, concrètement, dès que le vendeur *remet* en ce lieu une telle marchandise à l'acheteur ou à son représentant.

Cette règle du transfert des risques au moment de la *tradition* de la marchandise doit néanmoins connaître une *exception* lorsqu'une telle tradition est empêchée sans motif légitime par l'acheteur, qui refuse la marchandise ou qui n'accomplit pas les actes qui lui incombent et sans lesquels le vendeur ne peut exécuter sa propre obligation. Dans ces cas, les risques sont transférés à l'acheteur au plus tard au moment auquel son attitude négative injustifiée réalise l'état de fait d'une demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO.

Cette construction est au demeurant en harmonie avec la philosophie de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*: en présence de circonstances particulières – en l'espèce le refus de l'acheteur –, la règle ci-dessus fixant le transfert des risques au moment de la tradition de la chose de genre individualisée est écartée au profit d'une norme d'exception arrêtant ce transfert au plus tard au moment de la demeure de créancier de l'acheteur.

¹⁹³ Cf. GAUCH, p. 232, ch. 819 s.; voir également SCHÖNLE, n. 110 à l'art. 185 CO.

4.237 En cas de demeure de créancier de l'acheteur, le moment exact auquel les risques de la prestation et du prix lui sont transférés est celui auquel il refuse sans motif légitime la prestation qui lui est régulièrement offerte¹⁹⁴.

4.238 Certains auteurs sont d'avis que le transfert des risques n'a lieu qu'au moment auquel le vendeur consigne, conformément à l'art. 92 al. 1 CO, la marchandise refusée par l'acheteur¹⁹⁵.

Cette exigence paraît excessive. Lorsque l'obligation du vendeur porte sur une chose de genre, ce qui est déterminant pour le transfert du risque de sa prestation (et, par voie de conséquence, pour celui du risque du prix), c'est que le vendeur ait accompli au lieu d'exécution convenu toutes les obligations contractuelles ou légales mises à sa charge aux fins du transfert de la possession et de la propriété de la marchandise. Or, la consignation n'est pas au nombre de ces obligations du vendeur, mais une *faculté* qui lui est donnée par l'art. 92 al. 1 CO. Elle a pour effet, il est vrai, de le «libérer ainsi de son obligation» (art. 92 al. 1 CO, *in fine*) et donc de faire passer le risque de sa prestation à l'acheteur¹⁹⁶, mais elle n'exclut pas que le vendeur puisse en être libéré d'une autre façon et que, le cas échéant, le risque de sa prestation puisse passer à l'acheteur à un autre moment. En outre, il serait choquant qu'en cas de demeure de créancier de l'acheteur, le vendeur doive supporter les risques de la prestation et du prix plus longtemps qu'en cas de comportement correct de l'acheteur¹⁹⁷.

3. Effet juridique

4.239 Ainsi, lorsque la vente d'une chose déterminée par son genre prévoit une dette portable du vendeur, les risques de la prestation et du prix passent à l'acheteur lorsqu'il prend livraison de la marchandise au lieu d'exécution convenu.

Cela étant, en tout état, ces risques lui sont transférés au plus tard lorsqu'il refuse sans motif légitime la marchandise dûment individualisée, de la qualité et du genre convenus, qui lui est régulièrement offerte au lieu d'exécution contractuellement prévu.

¹⁹⁴ Voir dans le même sens SCHÖNLE, n. 110 *in fine* à l'art. 185 CO.

¹⁹⁵ Voir OSER/SCHÖNENBERGER, n. 12 à l'art. 92 CO; ENGEL, pp. 82 s.

¹⁹⁶ Cf. art. 119 al. 1 CO et *supra*, ch. 2.2 ss.

¹⁹⁷ Voir également la décision du Tribunal de Commerce de Saint-Gall, du 13 février 1958, *in* RSJ 1960, p. 77, no. 25.

4.240 Il est dès lors intéressant de déterminer les effets concrets de cette demeure de créancier de l'acheteur sur les obligations des parties — en particulier sur celles du vendeur — et sur le transfert des risques, lorsque la marchandise est perdue ou détériorée après avoir été régulièrement offerte à l'acheteur. On songe, par exemple, au cas de la marchandise qui est perdue ou détériorée lors de son transport du lieu d'exécution — où elle a été refusée — jusqu'en un lieu de consignment.

Trois cas doivent être distingués.

4.241 Si la marchandise qui lui a été régulièrement offerte mais qu'il a refusée vient à être perdue ou détériorée par *cas fortuit*, c'est-à-dire sans que cela soit dû à une faute du vendeur ou à un acte d'une personne dont celui-ci doit répondre, l'acheteur perd donc toute prétention en exécution du contrat, en garantie et/ou en dommages-intérêts¹⁹⁸.

La perte ou la détérioration fortuites de la marchandise après le moment du transfert des risques surviennent donc aux risques de l'acheteur, qui en doit le plein prix convenu¹⁹⁹.

4.242 Si la marchandise régulièrement offerte à l'acheteur a été perdue ou détériorée en raison d'une *faute légère* commise par le vendeur ou l'un de ses auxiliaires, la demeure de créancier de l'acheteur a également pour effet de libérer le vendeur de la responsabilité qu'il encourrait normalement selon les art. 97 ou 101 CO.

Cette exonération du vendeur se fonde sur l'art. 99 al. 2 CO et sur l'art. 44 al. 1 CO, appliqué à la responsabilité contractuelle par le biais de l'art. 99 al. 3 CO²⁰⁰.

A nouveau, du fait de la libération du vendeur, la perte ou la détérioration fortuites de la marchandise après le moment du transfert des risques surviennent aux risques de l'acheteur²⁰¹.

¹⁹⁸ Voir dans le même sens SCHÖNLE, n. 108 *in initio* à l'art. 185 CO. Cf. également *supra*, ch. 4.235.

¹⁹⁹ C'est l'effet des art. 119 al. 1 et 3 CO et 185 al. 2 CO, 1ère phrase, complétés par la règle résumée ci-dessus, ch. 4.239, 2e paragraphe.

²⁰⁰ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 108 à l'art. 185 CO et les réf. citées, notamment BUCHER, AT, p. 325, VON TUHR/ESCHER, p. 74, n. 41 en bas de page, KELLER/SCHÖBI, t. I, p. 296 et ENGEL, p. 665. Avis contraire chez GAUCH/SCHLUEP, t. II, ch. 2500. Voir également chez SCHÖNLE, loc. cit., la définition de la faute légère («leichtfahrlässiges Verschulden»).

²⁰¹ C'est à nouveau l'effet des art. 119 al. 1 et 3 CO et 185 al. 2 CO, 1ère phrase, complétés par la règle résumée ci-dessus, ch. 4.239, 2e paragraphe.

4.243 Si la perte ou la détérioration de la marchandise après son refus par l'acheteur est due à une *faute grave* du vendeur ou de l'un de ses auxiliaires — c'est le cas lorsque, selon la définition du Tribunal fédéral, il y a violation «des règles de prudence élémentaires dont l'observation s'imposait à l'évidence à tout homme raisonnable se trouvant dans la même situation»²⁰² —, le vendeur doit à l'acheteur des dommages-intérêts conformément à l'art. 97 al. 1 CO. Selon l'art. 43 al. 1 CO, appliqué à la responsabilité contractuelle par le biais de l'art. 99 al. 3 CO, le juge est libre de déterminer un autre mode de réparation; il pourrait donc notamment ordonner une réparation sous la forme d'une nouvelle livraison de même quantité d'une marchandise du genre convenu²⁰³. En tout état, l'acheteur conserve dans ce cas une action contre le vendeur, ce qui exclut, selon la définition retenue ci-dessus²⁰⁴, qu'il doive supporter le risque de la prestation du vendeur et, partant, le risque du prix²⁰⁵.

4. *Le régime juridique du transfert du risque du prix en cas de vente avec dette portable portant sur un corps certain*

4.244 En matière de vente de corps certains et quelle que soit la nature de la dette du vendeur — portable, quérable ou sujette à expédition —, le risque de la prestation passe à l'acheteur dès la conclusion du contrat.

Ainsi, si le corps certain vient à être perdu ou détérioré après la conclusion du contrat mais avant qu'il soit offert à l'acheteur ou à son représentant au lieu d'exécution convenu, sans que cela puisse être imputable au vendeur ou à une personne dont il doit répondre à un titre ou un autre, le vendeur est libéré de sa prestation (art. 119 al. 1 CO) sans que l'acheteur puisse désormais agir contre lui en réparation ou en dommages-intérêts.

Dans les ventes avec dette portable du vendeur, dans lesquelles celui-ci a l'obligation contractuelle d'apporter la chose vendue en un lieu d'exécution et de délivrance déterminé, distinct de celui prévu à l'art. 72 al. 2 ch. 2 CO, cela implique que le vendeur devra démontrer que la perte ou la détérioration du corps certain pendant son transport entre le lieu où il se trouvait lors de la

²⁰² Cf. ATF 95 II 637 et 111 II 90; voir également chez SCHÖNLE, n. 108 *in fine* à l'art. 185 CO, d'autres définitions jurisprudentielles de la *faute grave*.

²⁰³ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 108 à l'art. 185 CO.

²⁰⁴ Cf. *supra*, ch. 2.1 ss, 2.7.

²⁰⁵ Le système mis en place par le Code des obligations est donc plus favorable au vendeur que celui de la Convention de Vienne, qui, sans distinguer selon que la faute du vendeur est légère ou non, permettrait d'empêcher tout transfert des risques à l'acheteur lorsque, après le moment du transfert des risques, la marchandise est perdue ou détériorée en raison d'une violation quelle qu'elle soit par le vendeur du devoir de garde qui lui incombe selon l'art. 85 CV. Cf. *supra*, ch. 4.176 et 4.191.

conclusion du contrat et le lieu d'exécution ne lui est pas imputable à faute²⁰⁶. Cela implique également que, si l'exécution de tout ou partie de ce transport incombant contractuellement au vendeur a été confiée à un tiers, dès lors auxiliaire du vendeur au sens de l'art. 101 CO, le vendeur devra démontrer que cet auxiliaire a fait preuve de toute la diligence que l'on eût été en droit d'attendre du vendeur s'il avait agi lui-même²⁰⁷.

C'est à ces conditions que l'acheteur supporte le risque de la prestation du vendeur dans une vente de corps certain avec dette portable du vendeur.

4.245 Dès que le risque de la prestation du vendeur est à la charge de l'acheteur, se pose la question du risque du prix.

Selon une partie de la doctrine, le risque du prix dans les ventes de corps certains est également transféré à l'acheteur lors de la conclusion du contrat, conformément à l'art. 185 al. 1 CO, sans égard à la nature (portable, quérable ou sujette à expédition) de la dette du vendeur²⁰⁸.

4.246 Selon l'opinion défendue ici²⁰⁹, la règle du transfert du risque du prix lors de la conclusion du contrat selon l'art. 185 al. 1 CO ne s'applique qu'aux ventes de corps certains dans lesquelles il est convenu que l'acheteur doit prendre livraison de la marchandise au lieu où elle se trouvait lors de la conclusion du contrat²¹⁰.

Sauf précision contraire expresse du vendeur ou de l'acheteur au cours des pourparlers contractuels, les règles de la bonne foi imposent *a priori* de comprendre tout accord des parties sur un lieu d'exécution différent de celui prévu par l'art. 72 al. 2 ch. 2 CO comme étant une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, justifiant que le risque du prix, en dérogation à la règle du transfert des risques lors de la conclusion du contrat, ne passe pas à l'acquéreur avant que le corps certain soit au lieu d'exécution convenu²¹¹. S'agissant de la détermination exacte du moment auquel ce risque est transféré à l'acheteur, la quasi-identité entre choses de genre

²⁰⁶ Cf. art. 97 al. 1 CO *in fine*. Si le vendeur est une personne morale, il devra démontrer qu'aucune faute ne peut être reprochée à son ou ses organes; cf. art. 55 al. 2 CCS et *supra*, ch. 2.22.

²⁰⁷ Cf. *supra*, ch. 2.23 et les réf. citées.

²⁰⁸ Cf. *supra*, ch. 2.119 ss; voir également SCHÖNLE, n. 41, 45, 46 et 53 s. à l'art. 185 CO; GIGER, n. 26 à l'art. 185 CO; SCHMUTZ, p. 26; POROY, p. 46; CAYTAS, p. 192; BUCHER *in RDS* 1970 I, p. 281; WEBER n. 45 *in fine* à l'art. 71 CO.

²⁰⁹ Cf. *supra*, ch. 2.51 ss, 2.117 ss, **2.119 et 2.120**, 4. 82 ss, 4.209 ss.

²¹⁰ Cf. art. 72 al. 2 ch. 2 CO.

²¹¹ Cf. *supra*, ch. 2.117 ss et les réf. citées.

individualisées et corps certains justifie que l'on aligne le régime des seconds sur celui des premières.

4.247 Appliqué aux dettes portables de corps certains, ce qui précède signifie donc que le risque du prix ne doit passer à l'acheteur qu'au moment auquel il prend livraison du corps certain au lieu d'exécution convenu ou, s'il refuse sans motif de le faire, au moment auquel ce refus constituera une demeure de créancier de l'acheteur au sens de l'art. 91 CO²¹². Le risque de la prestation du vendeur, pour sa part, passe à l'acheteur au moment de la conclusion du contrat.

c. Vue d'ensemble et comparaisons

4.248 Les principes du Code des obligations régissant le transfert des risques dans les ventes avec dette portable, dans lesquelles la marchandise destinée à l'acheteur doit lui être apportée et remise, soit à son domicile ou l'un de ses établissements (dette portable *stricto sensu*), soit en un autre lieu qui doit toutefois être distinct du domicile ou d'un établissement du vendeur (dette portable *lato sensu*), peuvent être comparés à l'art. 69 al. 2 CV, qui règle pour sa part le transfert des risques dans les ventes «à l'arrivée», dans lesquelles l'acheteur est tenu de retirer la marchandise, soit à son domicile ou dans l'un de ses établissements, soit en un autre lieu qui doit néanmoins être distinct du domicile ou d'un établissement du vendeur²¹³.

4.249 Dans une vente avec dette portable (ou à l'arrivée), le Code des obligations aligne le transfert du risque du prix sur un comportement ou une abstention de l'acheteur²¹⁴: le risque du prix passe à l'acheteur au moment auquel il retire la marchandise – corps certain ou chose de genre individuali-

²¹² Cf. *supra*, ch. 4.233 ss. A noter que KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 26 à l'art. 185 CO, parvient à un résultat comparable. Toutefois, ainsi que cela a déjà été souligné, *supra*, ch. 2.119 s., son raisonnement prête le flanc à la critique.

²¹³ Cf. notamment *supra*, ch. 4.180 ss.

²¹⁴ Alors que dans les ventes avec dette quérable (ou au départ), c'est la Convention de Vienne qui aligne le transfert des risques sur un comportement de l'acheteur. Cf. *supra*, ch. 4.217. En fait, les solutions du Code des obligations en matière de ventes avec dettes portable et quérable, et celles de la Convention de Vienne en matière de vente au départ et à l'arrivée «se croisent»: le Code des obligations consacre en principe en matière de dettes portables une solution qui correspond à celle de la Convention de Vienne en cas de vente au départ/dettes quérables, alors qu'en matière de vente avec dette quérable, le Code des obligations prévoit une solution semblable à celle que la Convention de Vienne réserve pour sa part aux ventes à l'arrivée/dettes portables.

sée – ou, s'il refuse sans motif légitime de le faire, au moment auquel son refus constituera une demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO²¹⁵.

Dans ces cas, l'art. 69 al. 2 CV transfère le risque du prix à l'acheteur lorsque la livraison est due, que la marchandise (le cas échéant individualisée) est à disposition de l'acheteur au lieu convenu et que l'acheteur en est informé²¹⁶.

4.250 Tout comme en matière de ventes *au départ*²¹⁷, la différence entre les deux systèmes est surtout sensible lorsque le contrat de vente prévoit une période pendant laquelle l'acheteur doit retirer la marchandise au lieu de destination convenu.

Le contrat stipule par exemple que le vendeur doit livrer la marchandise au terminal ferroviaire du domicile de l'acheteur, où celui-ci devra venir la retirer pendant le mois de septembre. Le 1^{er} septembre, conformément à l'obligation qui lui est faite, le vendeur met la marchandise, le cas échéant dûment individualisée, à la disposition de l'acheteur au lieu convenu. Le 12 septembre, avant que l'acheteur n'en ait pris livraison, les pièces qui lui sont destinées périssent dans l'incendie de l'entrepôt, sans aucune faute de l'une ou l'autre des parties.

Selon le Code des obligations, les risques passent à l'acheteur lorsqu'il retire les marchandises ou dès qu'il tombe en demeure de créancier en les retirant pas. En l'espèce, l'acheteur peut retirer les marchandises jusqu'au 30 septembre; avant cette date, il ne peut tomber en demeure de créancier. Au 12 septembre, il n'a pas encore retiré les marchandises, mais ce non-retrait ne réalise donc pas encore les conditions d'une demeure d'acceptation. Les risques ne sont ainsi pas à sa charge au moment auquel les marchandises qui lui sont destinées périssent fortuitement dans l'incendie. Le vendeur ne peut donc lui réclamer le prix de vente sur la base des art. 119 al. 1 et 3, 185 et 211 CO. S'il entend être indemnisé, il devra entreprendre toutes démarches auprès du tiers entrepositaire ou de son assureur, démarches d'autant plus difficiles et onéreuses que l'entrepositaire et/ou son assureur seront géographiquement éloignés.

Selon la Convention de Vienne, l'acheteur supporte le risque du prix dès le moment auquel les marchandises qui lui sont destinées sont mises à sa disposition au lieu d'exécution convenu, soit dès le 1^{er} septembre. La destruction fortuite des pièces, le 12 septembre, survient donc aux risques de

²¹⁵ Cf. *supra*, ch. 4.236, 4.239 et 4.247.

²¹⁶ Cf. *supra*, ch. 4.191.

²¹⁷ Cf. *supra*, ch. 4.216 s.

l'acheteur; le vendeur est légitimé à lui réclamer le prix de vente sur la base des art. 66 et 69 al. 2 CV. Il reste néanmoins tenu de lui transférer toute valeur qu'il peut recevoir du tiers entrepositaire ou de son assureur, ou de lui céder les droits qu'il peut avoir contre eux, étant précisé que l'acheteur sera généralement mieux placé – ne serait-ce que sur le plan géographique – que le vendeur pour entreprendre efficacement et à moindres frais ces démarches à leur encontre.

4.251 Ainsi, contrairement à ce qui apparaît dans les ventes *au départ*²¹⁸, c'est ici la Convention de Vienne qui est la moins favorable à l'acheteur, puisqu'elle le charge du risque du prix plus rapidement que ne le fait le Code des obligations. Ainsi qu'on l'a vu²¹⁹, ce résultat est néanmoins justifié par le fait que, dans les situations visées par l'art. 69 al. 2 CV, le vendeur n'a plus, à compter du moment du transfert des risques, la marchandise sous sa garde et son contrôle directs et exclusifs, en sorte qu'il n'est pas la partie qui est la mieux placée pour prévenir les causes de dommages et pour remédier à ceux qui pourraient éventuellement survenir.

Autant de considérations dont le Code des obligations, pour sa part, ne tient *a priori* aucun compte. Cela étant, il ne paraît pas exclu, dans une vente avec dette portable soumise au Code des obligations, de traiter l'absence de garde et de contrôle directs du vendeur sur la marchandise comme une *circonstance particulière* au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, justifiant une dérogation en faveur du vendeur aux principes énoncés ci-dessus; cas échéant, la solution d'exception pourrait être celle prévue par l'art. 69 al. 2 CV.

²¹⁸ Cf. *supra*, ch. 4.216 ss.

²¹⁹ Cf. *supra*, ch. 4.191.

Section C

Les Incoterms (aperçu)

a. Ventes *au départ* ou avec dette quérable

1. Incoterm EXW (*Ex Works*)

4.252 Selon les clauses A4 et A5 de l'INCOTERM *Ex Works* (à l'usine), le transfert des risques a lieu au moment auquel la marchandise, le cas échéant individualisée,

- est mise à la disposition de l'acheteur,
- à la date ou dans le délai stipulés
- au lieu de livraison convenu.

Ex Works représentant l'obligation minimale du vendeur²²⁰, le lieu de livraison convenu se trouve par définition *au départ*, en sorte que la livraison intervient avant même tout transport jusqu'au lieu de dédouanement à l'exportation. Dans les faits, l'INCOTERM Ex Works est utilisé pour les ventes au domicile ou à l'établissement du vendeur²²¹.

4.253 Ce terme consacre donc en matière de transfert des risques une solution comparable à celle du droit suisse en cas de vente avec dette quérable: le risque du prix passe à l'acquéreur lorsque la marchandise, le cas échéant dûment individualisée, est *mise à sa disposition au domicile ou à l'établissement du vendeur à la date ou dans le délai convenus*²²².

Dès lors, tout comme la solution quasi-identique du Code des obligations, celle de l'INCOTERM Ex Works est sensiblement moins favorable à l'acheteur que celle de l'art. 69 al. 1 CV, selon laquelle le transfert des risques intervient soit lorsque l'acheteur retire la marchandise, soit lorsqu'il est en demeure de le faire. On peut à ce propos se référer aux comparaisons faites ci-dessus²²³.

²²⁰ Cf. Guide des INCOTERMS, p. 44.

²²¹ Cf. Guide des INCOTERMS, p. 44; HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 168; SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 27 *in initio* à l'art. 69 CV.

²²² Cf. *supra*, ch. 4.208.

²²³ Cf. *supra*, ch. 4.216 s. Voir dans le même sens HONNOLD, *in* HORN/SCHMITTHOFF, p. 169. Voir également HERBER/CZERWENKA, n. 3 à l'art. 69 CV et SCHÖNLE, *in*: HONSELL, n. 27 à l'art. 69 CV.

b. Ventes à l'arrivée ou avec dette portable

4.254 Ce sont les INCOTERMS «D» – DES, DEQ, DDU, DDP et DAF – qui correspondent aux ventes à l'arrivée ou avec dette portable décrites ci-dessus.

4.255 Ces INCOTERMS ont pour élément commun que le risque du prix est transféré à l'acheteur lorsque la marchandise est *mise à sa disposition* au lieu de livraison convenu, au terme du transport principal, à la date ou dans le délai stipulés.

Ce qui distingue ces INCOTERMS les uns des autres sur le plan du transfert des risques, c'est (a) le lieu auquel la marchandise doit être mise à disposition et (b) les éventuelles prestations supplémentaires que le vendeur doit encore accomplir en ce lieu pour que le transfert des risques puisse intervenir.

1. *Incoterms DES (Rendu Ex Ship) et DEQ (Rendu A Quai)*

4.256 Lorsque, dans une vente à l'arrivée, les parties prévoient un transport par mer ou par voies navigables intérieures jusqu'au lieu de livraison, deux termes sont envisageables selon les INCOTERMS: Rendu Ex Ship (DES) et Rendu A Quai (DEQ).

Sous réserve d'un transfert anticipé des risques pour le cas où l'acheteur a le droit de déterminer la date et/ou le lieu de livraison et ne communique pas ces informations au vendeur dans un délai suffisant²²⁴, le risque du prix passe à l'acheteur selon les clauses A5/B5 de l'INCOTERM DES dès que la marchandise a été livrée conformément à la clause A4, c'est-à-dire dès qu'elle est:

- à la disposition de l'acheteur,
- à la date ou dans le délai stipulés dans le contrat de vente,
- au point de déchargement usuel du port de destination,
- non dédouanée à l'importation,
- le cas échéant dûment individualisée,
- présentée de telle façon qu'elle puisse être enlevée du navire par les moyens de déchargement appropriés à la nature de la marchandise.

4.257 Si l'on soumettait l'état de fait de l'INCOTERM DES à la Convention de Vienne, ce serait l'art. 69 al. 2 CV qui s'appliquerait, puisque l'acheteur se-

²²⁴ Cf. *supra*, ch. 2.245, ainsi que les clauses B5 et B7.

rait tenu de retirer la marchandise à bord du navire au port de destination, c'est-à-dire *«en un lieu autre qu'un établissement du vendeur»*.

Or, dans son principe, l'art. 69 al. 2 CV consacre une solution très largement comparable à celle de l'INCOTERM DES, puisqu'il n'opère le transfert des risques:

- qu'une fois la marchandise, le cas échéant dûment individualisée, mise à la disposition de l'acheteur,
- à la date ou dans le délai stipulés dans le contrat de vente²²⁵,
- au lieu contractuellement convenu, qui doit être différent d'un établissement du vendeur.

Bien évidemment, en tant que norme destinée à régir tous les cas de mise à disposition en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, l'art. 69 al. 2 CV est *moins précis* que l'INCOTERM DES sur deux points importants: la définition du lieu de livraison et la définition de la mise à disposition de la marchandise *«de façon à permettre son enlèvement du navire par les moyens de déchargement appropriés à la nature de la marchandise»*. Sous cette réserve, il semble que l'art. 69 al. 2 CV règle la question du transfert des risques de la même façon que l'INCOTERM DES.

4.258 Si l'on soumettait l'état de fait de l'INCOTERM DES au Code des obligations, le contrat de vente en question serait considéré comme une vente avec dette portable du vendeur jusqu'au lieu de livraison et d'exécution contractuellement convenu, c'est-à-dire jusqu'au point de déchargement usuel au port de destination.

Selon la règle présentée ci-dessus²²⁶, le risque du prix serait transféré à l'acheteur au moment auquel il retirerait la marchandise en ce lieu ou, s'il ne le faisait pas, au moment auquel son inaction constituerait une demeure de créancier. La solution du Code des obligations peut donc, selon les circonstances, se révéler plus favorable à l'acheteur que celle de l'INCOTERM DES²²⁷.

4.259 Dans son principe, le terme Rendu A Quai (DEQ) est semblable à l'INCOTERM DES, à cela près que le moment du transfert du risque du prix est différé jusqu'à ce que le vendeur (a) ait fait décharger les marchandises sur le quai à ses frais et (b) ait dédouané les marchandises à l'importation.

²²⁵ Selon l'art. 69 al. 2 CV, la livraison doit être due.

²²⁶ Cf. *supra*, ch. 4.239 ss.

²²⁷ Voir la conclusion identique qui a été déduite de la comparaison entre le Code des obligations et la Convention de Vienne, cf. *supra*, ch. 4.251.

En effet, selon les clauses A4, A5, A6 et B5 DEQ, le risque du prix ne passe à l'acheteur qu'à compter du moment auquel la marchandise, dédouanée à l'importation et le cas échéant dûment individualisée, est mise à sa disposition «*sur le quai ou l'appontement au port de destination convenu et à la date ou dans le délai stipulés*», sous réserve d'un transfert anticipé des risques pour le cas où l'acheteur a le droit de déterminer la date et/ou le lieu de livraison et ne communique pas ces informations au vendeur dans un délai suffisant²²⁸.

Soumis à la Convention de Vienne, l'état de fait de l'INCOTERM DEQ serait réglé par l'art. 69 al. 2 CV, qui, selon une réflexion analogue à celle qui vient d'être faite à propos du terme DES et à la condition bien évidemment que le contrat de vente comporte toutes les précisions nécessaires, consacrerait une solution tout à fait comparable à celle des INCOTERMS.

Le Code des obligations pour sa part opérerait le transfert à l'acheteur du risque du prix au moment auquel il retirerait la marchandise sur le quai ou l'appontement au port de destination convenu ou, au plus tard, lorsque l'acheteur serait en demeure de créancier de prendre livraison. A nouveau, la solution du Code des obligations paraît plus favorable à l'acheteur que celle des INCOTERMS.

2. *Incoterm DAF (Rendu Frontière)*

4.260 La particularité de ce terme réside dans l'obligation du vendeur de mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur, dédouanées à l'exportation et le cas échéant dûment individualisées, à la frontière convenue ou au lieu convenu à cette frontière.

Selon les clauses A4, A5 et B5 DAF, le risque du prix passe à l'acheteur dès cette obligation du vendeur est intégralement exécutée, sous réserve d'un transfert anticipé des risques pour le cas où l'acheteur a le droit de déterminer la date et/ou le lieu de livraison et ne communique pas ces informations au vendeur dans un délai suffisant²²⁹.

4.261 Appliqué à cet état de fait, et à la condition bien évidemment que le contrat de vente comporte toutes les précisions nécessaires, l'art. 69 al. 2 CV conduirait à nouveau à un résultat identique à celui des INCOTERMS – transfert des risques au moment de la mise à disposition au lieu d'exécution convenu et

²²⁸ Cf. *supra*, ch. 2.245 et les clauses B5 et B7.

²²⁹ Cf. *supra*, ch. 2.245 et les clauses B5 et B7.

à la date ou dans les délais stipulés — alors que le Code des obligations n'opérerait le transfert des risques qu'au moment du retrait de la marchandise par l'acheteur au lieu d'exécution ou, au plus tard, au moment de sa demeure de créancier.

3. *Incoterms DDU (Rendu Droits Non Acquittés) et DDP (Rendu Droits Acquittés)*

4.262 Par leur état de fait, ces deux termes rappellent quelque peu les termes DES/DEQ. A la différence de ceux-ci, ils peuvent être employés quel que soit le mode d'acheminement des marchandises jusqu'au lieu de destination et d'exécution.

4.263 Conformément aux clauses A3, A4 et A6 DDU, le vendeur doit mettre la marchandise, dédouanée à l'exportation et le cas échéant dûment individualisée, à la disposition de l'acheteur au lieu convenu dans le pays de destination, à la date ou dans le délai stipulés.

Selon les clauses A5 et B5 DDU, le risque du prix passe à l'acheteur dès que le vendeur a satisfait à toutes les obligations ci-dessus, sous réserve d'un transfert anticipé des risques pour le cas où l'acheteur a le droit de déterminer la date et/ou le lieu de livraison et ne communique pas ces informations au vendeur dans un délai suffisant²³⁰.

4.264 Le même cas soumis à la Convention de Vienne serait réglé par l'art. 69 al. 2 CV qui, dans la mesure où le contrat de vente comporterait toutes les précisions nécessaires, consacrerait un résultat analogue à celui des INCOTERMS.

Comme dans les cas ci-dessus, le Code des obligations pour sa part n'opérerait le transfert des risques qu'au moment du retrait de la marchandise par l'acheteur au lieu d'exécution convenu dans le pays de destination ou, au plus tard, au moment de sa demeure de créancier.

4.265 Schématiquement, l'INCOTERM DDP ne se distingue du précédent que par le fait que le vendeur est tenu de dédouaner les marchandises à l'importation et de payer les droits.

Conformément aux clauses A3, A4 et A6 DDP, le vendeur doit mettre la marchandise, dédouanée à l'importation et le cas échéant dûment individualisée,

²³⁰ Cf. *supra*, ch. 2.245 ainsi que les clauses B5 et B7.

à la disposition de l'acheteur au lieu convenu dans le pays de destination, à la date ou dans le délai stipulés.

Selon les clauses A5 et B5 DDP, le risque du prix passe à l'acheteur dès que le vendeur a satisfait à toutes les obligations ci-dessus, sous réserve d'un transfert anticipé des risques pour le cas où l'acheteur a le droit de déterminer la date et/ou le lieu de livraison et ne communique pas ces informations au vendeur dans un délai suffisant²³¹.

Le terme DDP consacre donc les obligations les plus étendues du vendeur, puisque celui-ci doit apporter la marchandise jusqu'au terme du transport convenu et en supporter tous les coûts et droits.

4.266 Enfin, la comparaison faite ci-dessus entre l'INCOTERM DDU, la Convention de Vienne et le Code des obligations peut être intégralement reprise ici *mutatis mutandis*.

²³¹ Cf. *supra*, ch. 2.245 et les clauses B5 et B7.

Chapitre 4

Régime du transfert des risques dans les contrats conclus sous condition

4.267 Selon l'art. 185 al. 3 CO, «dans les contrats faits sous condition suspensive, les profits et les risques de la chose aliénée ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition».

La Convention de Vienne pour sa part – pas plus d'ailleurs que les INCOTERMS – ne contient aucune règle particulière relative au régime du transfert des risques en cas de contrat conclu sous condition.

L'intérêt du présent chapitre sera dès lors d'examiner d'abord les solutions du Code des obligations à ce propos, en distinguant selon que les parties ont entendu se lier sous condition suspensive ou résolutoire (*infra*, section A), puis de rechercher si et le cas échéant de quelle façon la Convention de Vienne et les INCOTERMS règlent ces questions (*infra*, sections B et C).

Section A

La solution du Code des Obligations

a. Le transfert des risques dans les contrats de vente conclus sous condition suspensive

1. *Dans les contrats de vente portant sur des choses déterminées par leur genre*

4.268 Un contrat de vente est conclu sous condition suspensive, lorsque les parties conviennent que la ou les obligations qui en découlent ne prendront naissance qu'au moment de la survenance d'un événement incertain (art. 151 al. 1 CO); dans ce cas, précise l'art. 151 al. 2 CO, le contrat ne produit ses effets qu'à compter du moment auquel la condition s'accomplit, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire.

Le *transfert du risque du prix* est au nombre des effets du contrat qui sont différés jusqu'au moment de l'accomplissement de la condition suspensive. C'est ce que l'art. 185 al. 3 CO précise pour sa part, dans le prolongement logique de l'art. 151 CO.

On doit en déduire le principe général suivant, applicable tant aux ventes de corps certains qu'à celles de choses de genre et quelle que soit la nature de la dette du vendeur: *dans une vente conclue sous condition suspensive, il ne peut y avoir transfert du risque du prix avant que ne survienne l'événement incertain conditionnel retenu par les parties*¹.

Le moment du transfert du risque du prix ne peut donc se situer avant l'accomplissement de la condition.

4.269 A cela s'ajoute que le transfert du risque du prix ne peut avoir lieu avant le transfert du risque de la prestation du vendeur, c'est-à-dire avant que le vendeur ait accompli tout ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la possession et de la propriété de la chose vendue: en particulier, dans une vente avec dette quérable, la chose de genre destinée à l'acheteur doit être à sa disposition, dûment individualisée, au lieu d'exécution²; dans une vente avec dette sujette à expédition, la marchandise destinée à l'acheteur doit être remise, dûment individualisée, au lieu d'expédition convenu à un transporteur indépendant³.

Il résulte de ce qui précède que le risque du prix ne passe à l'acheteur que si (a) l'événement incertain est survenu *et* (b) toutes les conditions du transfert du risque de la prestation du vendeur sont également satisfaites⁴.

4.270 *Le risque de la prestation*, pour sa part, peut fort bien passer à l'acquéreur avant l'accomplissement de la condition suspensive.

Ce sera le cas chaque fois que, conformément aux art. 75 et 81 al. 1 CO, le vendeur exécutera son obligation avant l'échéance, c'est-à-dire accomplira avant la survenue de l'événement incertain tout ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui en vue du transfert de la possession et de la propriété de la chose vendue⁵: par exemple individualisation et mise à disposition de la chose de genre au lieu d'exécution convenu si la dette du vendeur est quérable, ou encore remise de la marchandise dûment individualisée à un transporteur indépendant au lieu d'expédition prévu si cette dette est sujette à expédition.

¹ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 57 et 111 à l'art. 185 CO; KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 33 à l'art. 185 CO.

² Cf. *supra*, ch. 4.208.

³ Cf. *supra*, ch. 4.51 ss, 4.65 ss.

⁴ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 111 à l'art. 185 CO; KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 33 à l'art. 185 CO.

⁵ Cf. dans le même sens SCHÖNLE n. 112 à l'art. 185 CO.

Si la chose de genre destinée à l'acheteur est alors fortuitement perdue ou détériorée, le vendeur est définitivement libéré de sa prestation (art. 119 al. 1 CO), sans que l'acheteur ne puisse lui réclamer une nouvelle exécution ou une prestation de remplacement ou de dédommagement. Ce résultat paraît logique puisque, par hypothèse, le vendeur a fait *tout ce que l'acquéreur était en droit d'attendre de lui* et que l'impossibilité dans laquelle, malgré cela, l'acheteur se trouve de recevoir la prestation du vendeur n'est pas imputable à ce dernier⁶.

Cela étant, la condition suspensive n'étant pas encore réalisée, le contrat ne déploie pas encore ses effets; en particulier, comme on vient de le voir, il ne peut opérer aucun transfert du risque du prix à l'acheteur. Celui-ci est dès lors libéré de son obligation de payer le prix (art. 185 al. 3 CO *a contrario* et 151 al. 2 CO).

La libération des deux parties est définitive⁷. Il est donc indifférent, une fois l'acheteur et le vendeur ainsi libérés, que la condition se réalise ou non.

4.271 En revanche, si la marchandise destinée à l'acheteur est fortuitement perdue ou détériorée après que l'événement incertain s'est produit et que le vendeur a accompli tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui, l'acquéreur supporte le risque du prix et doit dès lors au vendeur la pleine rémunération convenue (art. 185 al. 3 et 151 al. 2 CO), bien qu'il ne reçoive qu'une épave, voire plus rien⁸.

2. Dans les contrats de vente portant sur un corps certain

4.272 La situation est identique à celle qui vient d'être décrite, à cela près que le risque de la prestation du vendeur est toujours transféré à l'acheteur dès la conclusion du contrat. Dès cet instant, en effet, toute perte ou détérioration fortuite de la marchandise libère définitivement le vendeur de sa prestation, sans que l'acheteur puisse réclamer une nouvelle exécution ou une prestation de remplacement ou de dédommagement. Ce résultat imposé par la logique⁹ est totalement indépendant de l'accomplissement de la condition suspensive.

⁶ Cf. SCHÖNLE n. 112 à l'art. 185 CO et *supra*, ch. 2.52.

⁷ Cf. *supra*, ch. 2.15 et 2.43 et SCHÖNLE n. 111 à l'art. 185 CO.

⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 111 à l'art. 185 CO, avec le renvoi à la n. 57 à l'art. 185 CO.

⁹ Cf. art. 119 al. 1 CO ainsi que *supra*, ch. 2.55 et les réf. citées.

4.273 Pour les raisons qui viennent d'être exposées, le risque du prix ne peut en aucun cas passer à l'acheteur avant la survenance de l'événement incertain¹⁰.

Au surplus, conformément à l'opinion soutenue ici, le risque du prix ne devrait être mis à la charge de l'acheteur qu'à compter du moment auquel le vendeur a offert au lieu d'exécution convenu le résultat de toutes les obligations auxquelles il est contractuellement tenu eu égard à la nature — portable, quérable ou sujette à expédition — de sa dette¹¹.

Cela a pour conséquence que le transfert du risque du prix dans les ventes de corps certains conclues sous condition suspensive est soumis à un régime juridique très largement semblable à celui des ventes de choses de genre: le risque du prix ne peut être transféré à l'acquéreur que si (a) la condition suspensive se réalise *et* (b) toutes les obligations contractuelles¹² mises à la charge du vendeur en vue du transfert la possession et de la propriété du corps certain ont en outre été exécutées.

b. Le transfert des risques dans les contrats de vente conclus sous condition résolutoire

1. *Dans les contrats de vente portant sur des choses déterminées par leur genre*

4.274 A la rigueur du texte de la loi, l'art. 185 al. 3 CO ne s'applique qu'aux contrats conclus sous condition suspensive¹³.

Les contrats conclus sous condition résolutoire déploient tout à fait normalement leurs effets dès leur conclusion et jusqu'à la survenance de l'événement conditionnel incertain¹⁴. Au nombre de ces effets figure notamment le transfert du risque du prix. Dans les ventes portant sur des choses de genre, c'est donc la règle habituelle de l'art. 185 al. 2 CO¹⁵ qui s'applique sans restriction jusqu'à l'accomplissement de la condition résolutoire¹⁶.

¹⁰ Cf. *supra*, ch. 4.268 et art. 185 al. 3 et 151 al. 2 CO.

¹¹ Cf. *supra*, ch. 4. 82 ss, 4.209 ss, 4.244 ss.

¹² Par exemple mise à disposition de la marchandise au lieu d'exécution ou remise de la marchandise, au lieu d'exécution convenu, à un transporteur indépendant aux fins de son expédition à l'acheteur.

¹³ Cf. également SCHÖNLE, n. 58 et 128 à l'art. 185 CO.

¹⁴ Cf. art. 154 al. 1 CO *a contrario*.

¹⁵ Complétée le cas échéant par les règles particulières exposées ci-dessus, ch. 4.239 lorsque la dette du vendeur est portable.

¹⁶ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 128 à l'art. 185 CO; KOLLER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 34 à l'art. 185 CO. CAVIN, p. 32, ch. 4 (all.), fonde son avis contraire sur

Il s'ensuit que les risques de la prestation et du prix passent à l'acquéreur conformément aux principes exposés au cours de cette étude, c'est-à-dire dès que le vendeur a accompli au lieu d'exécution convenu tout ce que l'acheteur était en droit d'attendre de lui eu égard à la nature de sa dette: lorsque la dette du vendeur est *quérable*, les risques passent à l'acheteur dès que le vendeur a mis à sa disposition, au lieu d'exécution convenu, la marchandise dûment individualisée; lorsque cette dette est *sujette à expédition*, les risques sont transférés à l'acheteur dès que, au lieu d'expédition prévu, le vendeur remet à un transporteur indépendant une marchandise individualisée; enfin, lorsque la dette du vendeur est *portable*, les risques passent à l'acheteur au plus tôt au moment auquel il prend livraison, au lieu d'exécution convenu, de la marchandise dûment individualisée qui lui est destinée, ou, s'il n'en prend pas livraison, dès que, de par son inaction, il tombe en demeure de créancier au sens de l'art. 91 CO.

4.275 Si la marchandise individualisée que le vendeur destine à l'acheteur vient à être fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques mais avant l'accomplissement de la condition résolutoire¹⁷, le vendeur est libéré de toute autre ou nouvelle prestation (art. 119 al. 1 CO) alors que l'acheteur reste tenu de l'intégralité du prix convenu selon les art. 119 al. 3, 185 al. 2 et 211 al. 1 CO¹⁸.

4.276 Que se passe-t-il si, après la survenance de l'événement fortuit aux risques de l'acheteur, la condition résolutoire s'accomplit?

Le point est controversé.

KOLLER¹⁹ est d'avis que l'acheteur n'a, dans ce cas, aucun droit à la restitution du prix payé, alors que SCHÖNLE²⁰ soutient le contraire.

L'opinion de SCHÖNLE paraît exacte, pour deux raisons.

le fait que, dès l'accomplissement de la condition, le contrat prend fin: «Art. 185 OR hat seine Rolle ausgespielt, denn es gibt keinen Vertrag mehr», dit-il. Ce faisant, il perd de vue que, selon la définition même de l'art. 154 al. 1 CO *a contrario*, le contrat produit tous ses effets, au nombre desquels le transfert des risques, aussi longtemps que la condition résolutoire ne se réalise pas.

¹⁷ Il est évident que l'événement fortuit qui survient *après* la réalisation de la condition résolutoire est à la charge du vendeur, puisque le contrat n'existe plus.

¹⁸ Cf. SCHÖNLE, n. 114 et 58 à l'art. 185 CO.

¹⁹ KOLLER, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 34 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

²⁰ SCHÖNLE, n. 114 et 60 à l'art. 185 CO.

4.277 Tout d'abord, la survenance de la condition résolutoire a pour conséquence que le contrat cesse de produire ses effets (art. 154 al. 1 CO). Dans un contrat de vente, cela implique nécessairement que les parties se restituent la chose vendue et le prix payé, à défaut de quoi les effets de la vente perdureraient au-delà de la réalisation de l'événement qui est précisément censé y mettre fin. A ce propos, SCHÖNLE souligne à juste titre que la présomption de l'art. 154 al. 2 CO, selon laquelle la survenance de la condition résolutoire n'a en principe pas d'effet rétroactif, ne s'applique qu'aux prestations durables ou récurrentes et non aux prestations uniques telles que le transfert de propriété d'une chose ou le paiement d'un prix²¹.

Corollaire de ce qui précède, si la condition résolutoire se produit, le contrat prend donc fin, en sorte qu'il n'y a plus de cause au transfert de propriété de la chose vendue et au paiement du prix. Les art. 184 CO ss ne s'appliquent plus et ne peuvent donc plus justifier que le vendeur puisse conserver le prix, et l'acheteur la marchandise.

Ainsi, lorsque la marchandise n'est pas fortuitement perdue ou détériorée avant l'avènement de la condition résolutoire, la réalisation de celle-ci a pour conséquence qu'il est mis fin à la vente et que les parties doivent se restituer²² les prestations déjà effectuées et sont libérées des obligations non encore exécutées.

Pourquoi devrait-il en aller autrement si la condition résolutoire se réalise après la perte ou la détérioration fortuites de la chose vendue? La survenance d'un événement fortuit ne saurait changer quoi que ce soit au résultat ci-dessus: il est mis fin à la vente. L'art. 185 CO et son interprétation ne fournissent aucun élément qui permettrait de conclure que les règles sur le transfert des risques devraient continuer à s'appliquer, alors même que toutes les autres dispositions du titre sixième du Code des obligations ne s'appliquent plus en raison de l'accomplissement de la condition mettant fin à la vente.

²¹ Cf. SCHÖNLE, n. 114, 59 et 60 à l'art. 185 CO. Voir également VON TUHR/ESCHER, p. 276: «es kann aber Aufhebung des Schuldverhältnisses mit rückwirkender Kraft verabredet sein. Das ist *anzunehmen* bei Kauf unter auflösender Bedingung, der nur in dem Sinn verstanden werden kann, dass bei Eintritt der Bedingung (...) die bereits erbrachten Leistungen zurückerstattet werden sollen». Dans le même sens SJ 1966, p. 583: «toutefois en matière de vente soumise à une condition résolutoire, il y a lieu de *présumer* que les prestations déjà faites devront être restituées»; voir enfin EHRAT *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n. 9 à l'art. 154 CO. ENGEL, pp. 858 s.

²² Sur les bases légales régissant cette restitution, cf. notamment SCHÖNLE, n. 61 à l'art. 185 CO et les réf. citées.

4.278 Ensuite, la solution proposée par SCHÖNEL consacre un résultat compatible avec celui qui prévaut lorsque la chose vendue, entachée d'un défaut rédhibitoire, est fortuitement perdue ou détériorée après le moment du transfert des risques.

En effet, selon l'art. 207 al. 1 CO applicable à cette situation²³, l'acheteur peut résoudre la vente et refuser de payer le prix – voire récupérer celui-ci s'il a déjà été versé – alors même que la chose vendue a été fortuitement perdue, volée, détruite ou détériorée après le moment du transfert des risques.

Il paraîtrait dès lors incohérent de reconnaître ces droits à l'acheteur dans ce cas-là, lorsque la résolution de la vente est le fait de l'acheteur, mais de les lui dénier lorsque la fin du contrat conclu sous condition résolutoire est automatique.

Les deux situations doivent être traitées de façon identique: dans les deux cas, le contrat de vente est résolu, ce qui signifie qu'il cesse de déployer ses effets après avoir eu une période d'existence et de validité. Or, s'il cesse de déployer ses effets, les transferts de valeurs ou de biens opérés en exécution de la vente doivent être annulés; les parties doivent donc se rendre les prestations, ou ce qu'il en reste²⁴.

4.279 Ainsi, dès la survenance de la condition résolutoire, le risque du prix est à la charge du vendeur²⁵.

2. *Dans les contrats de vente portant sur des corps certains*

4.280 Le régime du transfert des risques dans les ventes sous condition résolutoire portant sur des corps certains est quasiment identique à celui des ventes de choses déterminées par leur genre.

Les contrats conclus sous condition résolutoire déploient tout à fait normalement leurs effets dès leur conclusion et jusqu'à la survenance de l'événement conditionnel incertain. Dans les ventes portant sur des corps certains, c'est donc la règle habituelle de l'art. 185 al. 1 CO, modulée le cas échéant en fonction de la nature de la dette du vendeur, qui s'applique sans restriction jusqu'à l'accomplissement de la condition résolutoire.

²³ Cf. *supra*, ch. 3.6 ss, en particulier 3.16 ss.

²⁴ A ce propos, en cas de survenance de la condition résolutoire, l'art. 64 CO accorde le cas échéant à l'acheteur une faculté analogue à celle que l'art. 207 al. 2 CO lui reconnaît lorsqu'il exerce l'action rédhibitoire après la perte ou la détérioration fortuite de la marchandise.

²⁵ Cf. dans le même sens SCHÖNLE, n. 114 et 128 à l'art. 185 CO.

Le risque de la prestation du vendeur passe donc à l'acquéreur dès la conclusion du contrat. Quant au risque du prix, selon l'opinion défendue ici, il lui est transféré dès que le vendeur a offert au lieu d'exécution convenu le résultat de toutes les obligations auxquelles il est contractuellement tenu eu égard à la nature – portable, quérable ou sujette à expédition – de sa dette²⁶.

4.281 En cas de perte ou de détérioration fortuites du corps certain après le moment du transfert des risques mais avant l'accomplissement de la condition, l'acheteur doit l'intégralité du prix de vente convenu (art. 119 al. 3 et 185 al. 1 CO) sans pouvoir réclamer au vendeur un dédommagement ou une prestation nouvelle ou de remplacement (art. 119 al. 1 CO *a contrario*).

Si, après la survenance d'un cas fortuit aux risques de l'acheteur, la condition résolutoire se réalise, le contrat de vente cesse de produire ses effets (art. 154 al. 1 CO), et les parties sont libérées de toutes leurs obligations et doivent se restituer les éventuelles prestations déjà effectuées. En définitive, tout comme en matière de choses de genre, cela revient à dire que, dès l'avènement de la condition résolutoire, le risque du prix est à la charge du vendeur²⁷.

²⁶ Cf. *supra*, ch. 4. 82 ss, 4.209 ss, 4.244 ss.

²⁷ Cf. SCHÖNLE, n. 60 à l'art. 185 CO.

Section B

La solution de la Convention de Vienne

a. Généralités

4.282 Le régime juridique des contrats conclus sous condition n'est pas traité par la Convention de Vienne.

La question n'a cependant pas été ignorée, ainsi que le révèle l'analyse des documents qui ont conduit au texte actuel de la Convention.

4.283 En effet, dès sa septième session, en janvier 1976, le groupe de travail de la CNUDCI chargé de la révision du droit international uniforme de la vente s'est attelé aux questions touchant à la conclusion du contrat²⁸.

Il a alors été demandé au Secrétariat de la CNUDCI d'établir en collaboration avec UNIDROIT une analyse critique de la Loi uniforme sur la conclusion des contrats internationaux de vente de marchandises adoptée à La Haye en 1964 et du projet de loi d'UNIDROIT sur la validité des contrats internationaux de vente de marchandises.

Un an plus tard, à sa huitième session en janvier 1977 à New York, le groupe de travail a délivré, sur la base de l'analyse effectuée par le Secrétariat, un commentaire de ces deux textes auquel était joint un premier projet de convention sur la conclusion des contrats internationaux de vente de marchandises.

A sa neuvième session de septembre 1977, le groupe de travail, poursuivant ses travaux sur la conclusion du contrat, a proposé d'introduire dans le projet de convention diverses précisions, au nombre desquelles un article 10 bis, dont la teneur était la suivante²⁹:

«1 If a contract of sale has been concluded under a suspensive condition, it will become effective at the moment the condition occurs».

«2 If a contract has been concluded under a resolutive condition, it will become ineffective at the moment the condition occurs».

²⁸ Il semble que la CNUDCI ait initialement prévu de préparer deux conventions, l'une relative à la conclusion et l'autre aux effets des contrats de vente internationale. Par la suite, les deux textes ont été fondus en un seul, pour aboutir à l'actuelle Convention de Vienne. Voir à ce propos HONNOLD, *in* Documentary History, pp. 273 ss.

²⁹ Cf. UNCITRAL YEARBOOK, volume IX (1978), p. 80 *in fine*, ch. 268, également cité par HONNOLD, *in* Documentary History, p. 312.

Considérant en des termes assez laconiques que, d'une part, cet article soulevait des questions très complexes de théorie juridique qui ne pourraient être traitées de façon satisfaisante en deux alinéas somme toute très sommaires, et que, d'autre part, l'alinéa second de cet article 10 bis ne réglait pas les conséquences de la résolution du contrat et qu'un consensus sur la définition de ces conséquences serait extrêmement difficile à obtenir, le groupe de travail a finalement écarté cette proposition d'article 10 bis³⁰.

4.284 Nonobstant le rejet de la proposition d'article 10 bis, on peut retenir de ce qui précède des éléments qui ont leur importance dans le contexte qui nous occupe ici.

Les auteurs de ce qui deviendra finalement la Convention de Vienne ont donc tenté de définir le régime juridique des contrats conclus sous condition suspensive ou résolutoire.

Pour des raisons essentiellement politiques et diplomatiques, tenant à la difficulté d'obtenir l'adhésion d'une majorité à des règles dont les contours n'étaient manifestement pas dessinés avec suffisamment de précision, la définition proposée a finalement été rejetée.

Il n'a cependant pas été reproché au groupe de travail d'avoir proposé une définition fautive. Vu la composition internationale de ce groupe³¹, il paraît donc raisonnable d'admettre que l'art. 10 bis du projet de 1977 contient au moins la définition minimale en droit international de la vente du régime juridique des contrats conclus sous condition suspensive ou résolutoire.

C'est du reste également la définition que donne SCHLECHTRIEM³².

³⁰ UNCITRAL YEARBOOK, volume IX (1978), p. 81, ch. 270 s., également cité par HONNOLD, *in* Documentary History, p. 313.

³¹ Le groupe de travail était composé, lors de ses huitième et neuvième sessions, de représentants des pays suivants: Autriche, Brésil, Tchécoslovaquie, France, Ghana, Hongrie, Inde, Japon, Kenya, Mexique, Philippines, Sierra Leone, URSS, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique. Ont en outre participé aux délibérations de ces sessions, en qualité d'observateurs, les délégués des États et Organisations suivants: Argentine, Australie, Bulgarie, Chili, Chypre, Gabon, Finlande, RDA, RFA, Guatemala, Iran, Iraq, Malaisie, Pays-Bas, Pologne, Sultanat d'Oman, Turquie, UNIDROIT, Conférence de La Haye sur le Droit International Privé, Chambre de Commerce Internationale, East African Community et Inter-American Juridical Committee. Tous les observateurs ont été conviés à participer aux réunions du «Drafting group» chargé de la préparation du projet de convention, composé de représentants de la France, du Ghana, du Mexique, de l'URSS et du Royaume-Uni. Cf. à ce propos UNCITRAL YEARBOOK, volume VIII (1977), p. 73, et volume IX (1978), p. 61. HONNOLD, *in* Documentary History, pp. 274 et 293.

³² Cf. SCHLECHTRIEM, n. 3 à l'art. 23 CV.

4.285 Le régime juridique du transfert des risques dans les ventes conditionnelles soumises à la Convention de Vienne paraît dès lors pouvoir être esquissé comme suit.

b. Régime du transfert des risques en cas de contrat conclu sous condition suspensive

4.286 En cas de vente conclue sous *condition suspensive*, la règle de base est donc que le contrat ne déploie ses effets, au nombre desquels le transfert des risques, qu'à compter de la réalisation de l'événement incertain.

Il s'ensuit, ce qui est du reste très largement comparable au système consacré par le Code des obligations, qu'il n'y a aucun transfert des risques avant l'accomplissement de la condition; les risques passent donc à l'acheteur au plus tôt au moment auquel (a) l'événement incertain est survenu *et* (b) toutes les conditions posées par les art. 67 CV ss sont également satisfaites. Une éventuelle perte ou détérioration fortuite de la marchandise destinée à l'acheteur avant ce moment survient donc aux risques du vendeur, qui ne peut donc pas réclamer à l'acquéreur le paiement du prix³³.

4.287 La Convention de Vienne et le droit suisse diffèrent cependant sur la nature des risques qui peuvent passer à l'acheteur lors de la réalisation de la condition suspensive.

En droit suisse, c'est en tout état le risque du prix, celui de la prestation du vendeur pouvant fort bien passer à l'acheteur plus tôt si la vente porte sur un corps certain ou si, dans une vente portant sur des choses déterminées par leur genre, le vendeur a déjà fait avant la survenance de l'événement conditionnel tout ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui.

Dans la Convention de Vienne, le risque de la prestation du vendeur ne passe pas à l'acheteur indépendamment du risque du prix³⁴. Ce sont donc les deux risques qui sont transférés à l'acheteur lors de l'avènement de la condition suspensive.

Ainsi, avant l'accomplissement de la condition suspensive, l'acheteur ne saurait avoir le risque de la prestation du vendeur, et cela même si le vendeur a d'ores et déjà accompli tous les actes nécessaires au transfert des risques selon les art. 67 CV ss.

³³ Voir *supra*, ch. 4.268 et 4.269 *in fine*, la solution comparable du Code des obligations.

³⁴ Cf. à ce propos *supra*, ch. 2.201 ss.

4.287 Le régime du transfert des risques en cas de vente sous condition suspensive portant sur des marchandises en transit appelle quelques précisions particulières en raison du but et du mécanisme particuliers de l'art. 68 CV, 2e phrase.

Si l'on applique à ce type de vente la règle exposée ci-dessus³⁵, selon laquelle il n'y a en principe aucun transfert des risques avant l'accomplissement de la condition suspensive, le transfert des risques interviendra dans la majorité des cas en cours de transport, c'est-à-dire à un moment où il sera quasiment impossible de connaître l'état de la marchandise.

Or, s'il est impossible de fixer l'état de la marchandise au moment du transfert des risques et que la chose vendue en cours de transport parvienne à destination en mauvais état, il sera également impossible de déterminer clairement si son altération est antérieure ou postérieure au moment du transfert des risques.

Il s'ensuivra d'insolubles contestations entre les parties et problèmes de preuve relatifs à l'attribution du fardeau des risques, que l'art. 68 CV, 2e phrase, en prévoyant le transfert des risques avant tout transit, au moment de la remise des marchandises au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport, avait précisément pour but d'éviter autant que possible³⁶.

En considération de ce but de l'art. 68 CV, 2e phrase, la solution paraît dès lors devoir être la suivante.

Si les circonstances justifiant une rétroactivité du transfert des risques sont remplies³⁷ et qu'au surplus la condition suspensive s'accomplisse, l'acheteur doit avoir les risques de la prestation et du prix dès le moment de la remise de la marchandise au transporteur.

Si ces conditions ne sont pas remplies, il n'y a aucun motif de favoriser un transfert des risques rétroactif au sens de l'art. 68 CV, 2e phrase. Le transfert des risques doit alors intervenir au plus tôt lorsque la condition suspensive se réalise.

³⁵ Cf. *supra*, ch. 4.286.

³⁶ Cf. *supra*, ch. 4.113 et 4.116.

³⁷ Cf. *supra*, ch. 4.115 ss.

c. Régime du transfert des risques en cas de contrat conclu sous condition résolutoire

4.288 Selon les principes exposés plus haut³⁸ et de façon comparable au droit suisse³⁹, le contrat conclu sous condition résolutoire cesse de déployer ses effets, au nombre desquels le transfert des risques, dès l'accomplissement de la condition.

A contrario, jusqu'à la survenance de l'événement incertain mettant fin au contrat, celui-ci est pleinement valable et déploie donc tout à fait normalement tous ses effets. En particulier, le transfert des risques intervient conformément aux règles des art. 66 CV ss.

4.289 En cas de perte ou de détérioration fortuite de la marchandise après le moment du transfert des risques fixé par les art. 67, 68 ou 69 CV mais avant l'avènement de la condition résolutoire, l'acheteur doit le prix convenu au vendeur (art. 66 CV).

4.290 Si la condition résolutoire se réalise alors, le contrat cesse de déployer ses effets.

Les parties sont alors logiquement libérées de leurs obligations (art. 81 al. 1 CV) et doivent le cas échéant se restituer les prestations déjà effectuées (art. 81 al. 2 CV).

Le prix payé par l'acheteur en exécution de la vente doit donc lui être restitué. Le fait que l'acheteur ne puisse le cas échéant restituer la marchandise dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il l'aurait reçue n'est pas un obstacle à la fin du contrat et à la restitution du prix (art. 82 CV).

4.291 En définitive, tout comme en droit suisse⁴⁰, cela revient à dire que, dès l'avènement de la condition résolutoire, le risque du prix est retransféré au vendeur avec effet rétroactif au moment de la conclusion du contrat.

³⁸ Cf. notamment *supra*, ch. 4.283.

³⁹ Cf. *supra*, ch. 4.274 ss.

⁴⁰ Cf. *supra*, ch. 4.279 et 4.281 et les réf. citées.

Section C

Les incoterms (aperçu)

4.292 Le régime juridique du transfert des risques en cas de vente conclue sous condition suspensive ou résolutoire n'est pas réglé par les INCOTERMS.

La solution doit donc être recherchée dans le droit choisi par les parties ou, à défaut d'élection de droit, dans le droit national applicable au contrat de vente selon les règles de conflit.

V. CONSIDÉRATIONS FINALES

5.1 Parmi les nombreuses conclusions et réflexions que permettraient les analyses et comparaisons présentées ci-dessus, seuls cinq grands axes seront évoqués ici, en considération des objectifs que cette étude s'était fixés¹.

Le cercle des événements fortuits susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur

5.2 Dans sa partie consacrée au Code des obligations, la présente étude parvient, contrairement à l'avis d'un certain courant doctrinal, à la conclusion que le cercle des événements fortuits, susceptibles de libérer le vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO et de survenir aux risques de l'acheteur selon les art. 119 al. 3 et 185 CO doit englober, non seulement, la destruction totale et la détérioration partielle de la chose, mais également les cas de perte et de vol de la marchandise dans lesquels il est établi qu'aucun tiers déterminable, connu ou accessible n'est en mesure d'apporter la prestation en souffrance en lieu et place du vendeur empêché. A ces cas doivent en outre s'ajouter les mesures étatiques ayant des effets équivalents à une disparition ou une détérioration.

Ainsi qu'on l'a vu, cette approche, commandée par la logique et par les réalités et modalités actuelles de la vente, notamment de la vente internationale, implique que la définition de l'impossibilité objective au sens de l'art. 119 CO soit affinée, par le recours au critère de l'*exécutabilité* de la prestation: ce n'est pas seulement la prestation que personne ne peut apporter qui doit être qualifiée d'impossible selon l'art. 119 CO, mais également toute prestation qui pourrait encore théoriquement être faite par un tiers qui demeure cependant concrètement indéterminable, introuvable ou inaccessible.

L'approche opposée, selon laquelle l'impossibilité visée à l'art. 119 CO doit être limitée aux cas de destruction totale et de détérioration partielle de la chose vendue afin de réduire d'autant le champ d'application indésirable de l'art. 185 CO, n'est pas satisfaisante: en effet, dans le but de limiter l'étendue d'une norme isolée, propre à un contrat particulier, elle revient à donner à une

¹ Cf. *supra*, ch. 1.5 s.

norme générale destinée à régir l'ensemble des contrats nommés et innommés soumis au Code des obligations une portée souvent en rupture avec la logique et la réalité.

Bien évidemment, puisqu'elle consacre une définition plus large de l'impossibilité visée à l'art. 119 CO, l'opinion soutenue ici conduit également à étendre le champ d'application et les effets de l'art. 185 CO, alors que de nombreux auteurs, notamment les partisans de l'interprétation restrictive de l'art. 119 CO, ainsi que le Tribunal fédéral ont régulièrement suggéré de les limiter autant que possible. Cette extension des effets de l'art. 185 CO ne devrait cependant pas être source de désavantages, puisque ces mêmes effets peuvent parfaitement être corrigés ou écartés par le jeu des «*exceptions résultant de stipulations ou de circonstances particulières*» réservées expressément par l'art. 185 CO.

La solution défendue dans la présente étude permet donc de redonner aux deux normes du Code des obligations intervenant dans le transfert des risques une portée conforme à leur sens véritable, à la systématique de la loi et à la logique.

5.3 L'analyse de la Convention de Vienne et des principes généraux dont elle s'inspire révèle pour sa part que les événements fortuits dont l'acheteur peut être appelé à supporter les conséquences au titre du transfert des risques sont le vol, la perte, la destruction complète et la détérioration partielle de la marchandise, ainsi que les mesures étatiques ayant des effets équivalents à une disparition ou une détérioration.

5.4 La très large coïncidence entre le cercle, tel qu'il est défini ici, des événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur selon le Code des obligations et ce même cercle selon la Convention de Vienne est un indice que l'approche du Code des obligations proposée par la présente étude correspond en outre à la volonté actuelle du législateur suisse, puisque celui-ci a expressément admis des solutions semblables en adoptant la Convention de Vienne.

Ainsi, outre qu'elle paraît commandée par la logique et la systématique légale, la construction retenue ici dans le cadre du Code des obligations permet également d'assurer une bonne cohérence d'ensemble des deux régimes juridiques.

Le moment du transfert du risque de la prestation

5.5 Dans une vente soumise au Code des obligations, l'acheteur supporte dès la conclusion du contrat le risque de la prestation portant sur un corps certain.

Dans une vente de choses déterminées par leur genre, il n'a le fardeau de ce risque qu'à compter du moment auquel le vendeur a offert, au lieu d'exécution légal ou conventionnel, le résultat de l'ensemble des actes nécessaires au transfert du risque du prix selon l'art. 185 al. 2 CO. Dans ces cas, le risque de la prestation du vendeur lui est transféré juste avant celui du prix.

5.6 Dans une vente soumise à la Convention de Vienne, le vendeur est responsable de tout ce qui peut toucher la marchandise avant le moment du transfert des risques défini aux art. 67 à 69 CV, sans égard au fait que la chose vendue soit un corps certain ou une chose de genre. Cette responsabilité, qui se traduit par le droit de l'acheteur d'exercer tout ou partie des moyens mis à sa disposition par les art. 46 ss et 74 ss CV, signifie que ce dernier n'aura le risque de la prestation du vendeur qu'à compter du moment du transfert du risque du prix.

5.7 Si les deux systèmes se rejoignent en matière de choses de genre, leurs solutions respectives sont diamétralement opposées lorsqu'il s'agit de corps certains, et les meilleurs efforts ne parviendront pas à combler la distance entre les deux solutions sur ce point particulier, tant celles-ci sont indissociables de la logique claire propre à chacun des systèmes juridiques.

Selon le Code des obligations, le risque de la prestation est en réalité le risque de l'*impossibilité* fortuite de recevoir, ou de recevoir complètement et/ou parfaitement la chose vendue. Or, vu le caractère unique d'un corps certain, ce risque passe dès la conclusion du contrat. A compter de ce moment, tout obstacle fortuit à l'exécution, total ou partiel, libère le vendeur selon l'art. 119 al. 1 CO. L'acheteur, pour sa part, ne peut plus rien réclamer au vendeur.

Selon la Convention de Vienne, la systématique des art. 36, 45 ss et 66 CV fait que, malgré la survenance d'événements fortuits touchant la marchandise, l'acheteur conserve des moyens contre son vendeur jusqu'à l'un ou l'autre des moments prévus aux art. 67 à 69 CV. Le critère n'est donc pas l'impossibilité fortuite de la prestation, mais le *moment* de la survenance d'une perte ou d'une détérioration fortuite. Même une détérioration partielle ou totale du corps certain après la conclusion du contrat mais avant l'un des

moments prévus aux art. 67 à 69 CV n'empêche pas l'acheteur d'agir (résoudre la vente, réclamer une réduction du prix, en retenir durablement/définitivement le paiement, etc.). Or, tant que l'acheteur conserve un moyen d'action en raison de l'obstacle à l'exécution de la prestation du vendeur, il ne supporte pas le risque de cette prestation au sens défini ici.

Cette différence manifestement incontournable n'a cependant pas une incidence décisive, dans la mesure où le transfert du risque du prix, qui reste la question réellement intéressante, suit, dans la Convention de Vienne et le Code des obligations tel qu'analysé ici, des règles très largement comparables.

Les différents moments de transfert du risque du prix

5.8 Dans les ventes de choses de genre, le Code des obligations transfère à l'acheteur le risque du prix:

- dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution au domicile du vendeur à l'époque de la conclusion du contrat, lors de l'individualisation de la marchandise en ce lieu;
- dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution en un établissement du vendeur distinct de son domicile à l'époque de la conclusion du contrat, lorsque la marchandise dûment individualisée se trouve en ce lieu;
- dans les contrats (avec dette portable) dans lesquels le vendeur s'est obligé à apporter et à offrir la marchandise dûment individualisée en un lieu distinct de son domicile ou d'un de ses établissements, lorsque l'acheteur prend possession, médiatement ou immédiatement, de la marchandise ou, s'il tarde à le faire, lorsque son retard constitue une demeure de créancier;
- dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise jusqu'en un lieu de destination où elle est prise en charge par l'acheteur ou pour son compte, lorsque la marchandise individualisée est remise au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport;
- enfin, dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise à l'acheteur à partir d'un lieu particulier, lorsque la marchandise individualisée est remise, en ce lieu particulier, au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport.

5.9 Selon l'avis – contesté ici – d'une partie de la doctrine suisse, le risque du prix dans les ventes de corps certains passe en toute hypothèse lors de la conclusion du contrat, quelle que puisse être la nature (portable, quérable ou sujette à expédition) de la dette du vendeur.

Selon l'opinion soutenue dans la présente étude, le moment du transfert du risque du prix dans les ventes de corps certains soumises au Code des obligations dépend également du lieu auquel l'exécution doit intervenir. Toute stipulation particulière d'un lieu d'exécution distinct du lieu de situation de la chose lors de la conclusion du contrat constitue en effet une stipulation particulière au sens de l'art. 185 al. 1 CO *in fine* impliquant que le transfert du risque du prix soit différé jusqu'à ce que le corps certain se trouve en ce lieu et que le vendeur y ait offert le résultat de toutes les obligations contractuelles mises à sa charge. Dans cette optique, le risque du prix dans la vente de corps certains passe à l'acheteur:

- lors de la conclusion du contrat, dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution au lieu de situation du corps certain lors de la conclusion de la vente;
- lorsque le corps certain se trouve au domicile ou en un établissement du vendeur distinct de son domicile, dans les contrats (avec dette quérable) prévoyant l'exécution en ce lieu;
- lorsque l'acheteur prend possession, médiatement ou immédiatement, de la marchandise ou, s'il tarde à le faire, lorsque son retard constitue une demeure de créancier, dans les contrats (avec dette portable) dans lesquels le vendeur s'est obligé à apporter et à offrir le corps certain en un lieu distinct de son domicile ou d'un de ses établissements;
- lorsque le corps certain est remis au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport, dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise jusqu'en un lieu de destination où elle est prise en charge par l'acheteur ou pour son compte;
- enfin, dans les contrats (avec dette sujette à expédition) dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise à l'acheteur à partir d'un lieu particulier, lorsque le corps certain est remis, en ce lieu particulier, au transporteur indépendant avec lequel le vendeur a conclu le contrat de transport.

Indépendamment des considérations juridiques qui les justifient, ces diverses solutions dans les ventes de corps certains répondent également au souci exprimé par de nombreux auteurs et par le Tribunal fédéral lui-même d'offrir un résultat sensiblement plus équilibré, voire plus équitable que la

règle somme toute brutale du transfert des risques intervenant invariablement lors de la conclusion du contrat, quelles que puissent être les circonstances particulières entourant l'exécution de la vente.

5.10 Pour sa part, qu'il s'agisse de corps certains ou de choses déterminées par leur genre, la Convention de Vienne opère le transfert à l'acheteur du risque du prix aux moments suivants:

- dans les contrats prévoyant l'exécution en un établissement — quel qu'il soit — du vendeur, lorsque l'acheteur retire en ce lieu les marchandises, corps certain ou chose de genre individualisée, ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, lorsque ces marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu et qu'il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison;
- dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à apporter et à offrir la marchandise en un lieu distinct de son domicile ou d'un de ses établissements (contrats avec dette portable), lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises, corps certain ou chose de genre individualisée, sont à sa disposition en ce lieu;
- dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise jusqu'en un lieu de destination où elle est prise en charge par l'acheteur ou pour son compte, lorsque la marchandise, corps certain ou chose de genre individualisée, est remise au premier transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur;
- enfin, dans les contrats dans lesquels le vendeur s'est obligé à expédier la marchandise à l'acheteur à partir d'un lieu particulier, lorsque la marchandise, corps certain ou chose de genre individualisée, est remise, en ce lieu particulier, au premier transporteur indépendant pour transmission à l'acheteur.

5.11 S'agissant des ventes de marchandises en transit, qui ne font l'objet d'une réglementation spécifique que dans la Convention de Vienne, le Code des obligations consacre, en matière de corps certains, une solution semblable à la règle générale de l'art. 68 CV, 1^{ère} phrase — transfert des risques lors de la conclusion du contrat — et, en matière de choses de genre, une construction analogue à celle, non écrite, découlant d'une application analogique de l'art. 67 al. 2 CV — transfert des risques lors de l'individualisation de la part destinée à l'acheteur.

L'exception statuée par l'art. 68 CV, 2^e phrase, n'a pas son équivalent en droit suisse interne, qui *a priori* ne saurait admettre qu'un contrat dont

l'objet n'existe plus lors de sa conclusion puisse néanmoins valablement déployer ses effets, au nombre desquels un transfert des risques rétroagissant à un moment antérieur à la perfection du contrat. Cela étant, vu l'acceptation de l'art. 68 CV, 2^e phrase par le législateur suisse et le réajustement de la portée de l'art. 20 CO proposé par une partie de la doctrine, on devrait admettre que les circonstances retenues par l'art. 68 CV, 2^e phrase pourraient également fonder, dans le sens de la solution consacrée par l'art. 68 CV, 2^e phrase, d'une part une dérogation à la règle de l'art. 20 al. 1 CO et, d'autre part, conformément à l'art. 185 al. 1 CO *in fine*, une exception aux règles du droit suisse interne en matière de risques.

5.12 Enfin, en matière de ventes conclues sous condition, les solutions du Code des obligations et de la Convention de Vienne sont comparables.

Si la condition est suspensive, il n'y a aucun transfert des risques avant l'avènement de la condition. Si celle-ci est résolutoire, le contrat ne déploie ses effets, au nombre desquels le transfert des risques, que jusqu'à l'accomplissement de la condition; en revanche, dès l'avènement de celle-ci, les effets du contrat cessent, et les risques sont retransférés au vendeur avec effet rétroactif.

5.13 Si, dans le détail, les solutions du Code des obligations proposées ici et celles de la Convention de Vienne ne coïncident pas toujours exactement, on doit néanmoins observer les deux parallèles suivants:

- d'une manière générale, les deux systèmes reportent le transfert du risque du prix jusqu'à un moment auquel le vendeur n'a plus la maîtrise exclusive de la marchandise;
- les deux systèmes traitent de façon similaire les corps certains et les choses de genre individualisées.

A l'instar de ce qui a été observé en rapport avec la définition du cercle des événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur, ce recouplement est à nouveau un indice important que l'analyse du Code des obligations proposée ici, en soi autorisée par le sens, l'esprit et la logique de la loi, correspond en outre à la volonté actuelle du législateur helvétique, qui, en adoptant la Convention de Vienne à titre de réglementation suisse du droit de la vente internationale, a approuvé l'idée d'un traitement identique des corps certains et des choses de genre individualisées et le principe d'un transfert des risques aligné sur la livraison de la marchandise par le vendeur.

L'effet d'une carence de l'acheteur sur le transfert des risques

5.14 Dans les deux systèmes juridiques, un refus de l'acheteur d'accomplir des actes préparatoires sans lesquels le vendeur ne peut exécuter – ou continuer à exécuter – le contrat peut avoir pour effet d'anticiper le transfert des risques. Ceux-ci devraient passer à l'acheteur au plus tard au moment auquel, sans la faute de l'acheteur, le vendeur aurait pu effectuer régulièrement la livraison, ce qui est du reste également la solution des INCOTERMS.

Une exception doit être faite cependant lorsque l'obstacle à l'exécution est dû à un refus de l'acheteur de prêter son concours à l'individualisation d'une chose de genre.

La présente étude a en effet démontré que, pour des raisons de sécurité, tant la Convention de Vienne que le Code des obligations ne mettent à la charge de l'acheteur que les risques d'une marchandise lui est clairement destinée, cette exigence devant prévaloir sur toute autre considération.

L'absence d'incidence d'une inexécution du contrat sur le transfert des risques

5.15 Le Code des obligations et, en dépit de la formulation maladroite de son art. 70, la Convention de Vienne consacrent tous deux le principe de base que le transfert des risques ne porte aucune atteinte aux droits que l'acheteur peut avoir par ailleurs contre son vendeur en raison d'une inexécution du contrat antérieure au moment de ce transfert, quelles que soient la nature et l'importance de cette inexécution.

5.16 Cela étant, il est apparu dans ce contexte que la l'individualisation et la livraison d'un *aliud* sont toujours un obstacle au transfert des risques selon le Code des obligations, ce qui n'est pas le cas selon la Convention de Vienne. En effet, alors même que le vendeur individualise et livre une marchandise d'un genre différent de ce qui a été convenu, les risques passent à l'acheteur selon les art. 66 CV ss, qui conserve cependant la faculté, si l'importance de la divergence entre le genre convenu et le genre livré constitue une contravention essentielle au contrat, de réclamer la livraison de marchandises de remplacement ou de se départir de la vente. Ce résultat particulier de la Convention de Vienne tient au fait que les art. 45 ss CV ne distinguent pas les différentes sortes d'exécution incorrecte.

Vue d'ensemble

5.17 La présente étude a démontré que, par des chemins parfois sensiblement différents², le Code des obligations tel qu'analysé ici et la Convention de Vienne parviennent dans l'ensemble à de nombreuses solutions similaires.

5.18 Ils consacrent également certaines divergences³, qui sont les conséquences inhérentes aux mécanismes propres à chacun des systèmes et qui ne peuvent être aplanies en l'état actuel du droit, quand bien même il pourrait être souhaitable d'assurer la plus grande cohérence possible au sein du droit suisse de la vente, nationale et internationale⁴.

En effet, les solutions du Code des obligations qui ont été présentées au cours de cette étude se fondent sur ce que le texte clair de la loi, son esprit et sa systématique autorisent. Or, ainsi que le Tribunal fédéral l'a rappelé à diverses reprises, «*des considérations fondées sur le droit désirable ne permettent pas de s'écarter du texte clair de la loi*»⁵. Cela exclut notamment que le Code des obligations soit interprété et le cas échéant corrigé aujourd'hui à la lumière de la Convention de Vienne et de la volonté que l'actuel législateur helvétique a marquée en l'adoptant. Quant à la Convention de Vienne, il paraît bien évidemment exclu⁶ que les points sur lesquels elle diverge du Code des obligations puissent être corrigés en considération de celui-ci.

² On songe essentiellement ici à l'alignement du transfert des risques selon le Code des obligations sur les normes de la partie générale régissant l'impossibilité, avec toutes les questions souvent complexes qui en découlent (définition controversée du cercle des événements impossibles susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur, nécessité de définir une impossibilité fictive en matière de choses de genre, délimitation parfois délicate par rapport aux problèmes liés à l'imprévision etc..) alors que la Convention de Vienne propose un système de transfert des risques autonome, dont les définitions et les moments retenus pour le passage des risques sont totalement indépendants de la problématique de l'impossibilité d'exécution.

³ On songe par exemple à la notion de transporteur, que le Code des obligations, contrairement à la Convention de Vienne, n'étend pas au commissionnaire-expéditeur; on songe aux régimes différents en matière d'*aliud* et de *pejus*; enfin, on peut également songer aux différences dans la détermination du moment du transfert du risque du prix dans les ventes au départ (ou avec dette quérable) et à l'arrivée (ou avec dette portable).

⁴ Cf. *supra*, ch. 1.6.

⁵ Cf. ATF 117 II 523, 525 et les réf. citées.

⁶ Cf. art. 7 CV.

Une harmonisation complète du droit suisse de la vente, sur les plans national et international, ne peut donc être envisagée qu'à l'occasion d'une refonte des art. 184 CO ss. A cette occasion, en matière de transfert des risques, il y aurait lieu, en tout cas:

- de consacrer une réglementation autonome sur le modèle des art. 66 CV ss, libérée de tout lien avec les règles sur l'impossibilité, ce qui permettrait d'éliminer les controverses lourdes et malpratiques évoquées ci-dessus dans le cadre de la définition des portées respectives des art. 119 et 185 CO;
- de codifier au moins le principe d'un transfert des risques aligné de façon générale sur la livraison de la marchandise, ou sur sa mise à disposition de l'acheteur ou de son représentant⁷;
- d'assurer un traitement identique des ventes de corps certains et de celles de choses de genre individualisées.

5.19 Enfin, c'est la mise en évidence de similitudes entre la Convention de Vienne et l'analyse partiellement nouvelle du Code des obligations développée ici qui constitue l'un des apports assurément intéressants de la comparaison à laquelle il a été procédé au cours de cette étude.

Il apparaît en effet que les solutions proposées ici dans le cadre du Code des obligations⁸, bien que partiellement contraires à un certain courant doctrinal,

- sont, d'une part, autorisées par la lettre, l'esprit et la systématique du texte légal
- et coïncident d'autre part largement avec la volonté que l'actuel législateur helvétique a manifestée en adoptant la Convention de Vienne à titre de droit suisse de la vente internationale.

⁷ Ce qui reste l'une des préoccupations constantes de la doctrine suisse depuis de longues années: voir à ce propos MEYLAN, p. 11; BUCHER, *in* RDS 1970 I, pp. 281 ss; le même, *in* Das OR 1883-1983; SIEBER, p. 114, qui propose l'alignement du transfert des risques sur celui de la propriété.

⁸ Il s'agit essentiellement (a) de l'application des règles sur le transfert des risques à toute détérioration ou disparition lato sensu de la marchandise (y compris le vol et les mesures étatiques de blocage équivalant à une disparition) et (b) de l'alignement du transfert du risque du prix dans les ventes de corps certains sur le régime applicable en matière de choses de genre (transfert du risque du prix lorsque le vendeur se dessaisit de la marchandise, soit en mains d'un transporteur, soit en mains de l'acheteur ou de son représentant).

Ainsi, à tout le moins sur le terrain du transfert des risques, l'espoir de trouver une certaine cohérence au sein du droit suisse de la vente nationale et internationale – ce qui était le troisième objectif de cette étude – paraît réalisé.

5.20 Bien évidemment, le droit de la vente est autrement plus vaste que la seule question examinée ici et, ainsi que certains développements ci-dessus l'ont mis en évidence, l'uniformité complète entre les solutions offertes par la Convention de Vienne et celles du Code des obligations n'est pas encore réalisée. Il est même vraisemblable qu'à certains égards, elle ne pourra jamais l'être, hormis par la voie d'une refonte totale des normes topiques du Code du obligations.

Cela étant, on ne doit pas exclure que certaines approches dogmatiques du Code des obligations fassent l'objet, de la part de leurs détracteurs, de tentatives d'assouplissement dans le sens des solutions consacrées par la Convention de Vienne.

Ne doit-on pas envisager, par exemple, dans la mesure bien évidemment où la lettre et l'esprit du Code des obligations le permettent, que les partisans d'une indemnisation large de l'acheteur en cas de résolution de la vente voient dans l'adoption de l'art. 74 CV un signe que le législateur suisse n'est en définitive nullement opposé à admettre l'indemnisation de l'intérêt positif en cas de résolution du contrat?

Ne faut-il pas s'attendre, dans le même ordre d'idées, à ce que les partisans d'une application à tout le moins partielle des actions édiliciennes à la livraison d'un *aliud* voient dans le régime par lequel les art. 45 ss CV sanctionnent l'ensemble des contraventions au contrat dues au vendeur un indice que la distinction formelle que nous maintenons en droit suisse – application des règles générales sur l'inexécution en cas de livraison d'un *aliud*, à l'exclusion de celles sur la garantie – devrait, autant que la lettre et l'esprit du Code des obligations le permettent, être revue dans le sens du système mis en place par la Convention ?

5.21 La présente étude se proposait de résoudre trois questions fondamentales.

- Quels sont les événements susceptibles de survenir aux risques de l'acheteur?
- A quelles conditions et à compter de quel moment exact les risques de ces événements sont-ils à la charge de l'acheteur?

- Les solutions du Code des obligations en matière de risques règlent-elles ces questions de manière satisfaisante dans les ventes (internationales) modernes?

Les réponses aux deux premières viennent d'être récapitulées ci-dessus.

Quant à la troisième, cette étude révèle que la réglementation du Code des obligations en matière de risques, réorientée le cas échéant selon les propositions formulées ici, se recoupe très largement avec les solutions consacrées en la matière par la Convention de Vienne des Nations Unies ou les INCOTERMS de la CCI, deux instruments modernes issus essentiellement de la pratique de la vente internationale et censés dès lors répondre aux exigences actuelles de cette branche.

La remise en ordre à laquelle il a été procédé est donc porteuse d'un message optimiste. La réglementation du transfert des risques en droit suisse de la vente se révèle être, dans l'ensemble, un système cohérent, et les solutions du Code des obligations en la matière apparaissent, au terme d'une cure de rajeunissement nullement révolutionnaire, parfaitement adaptées aux exigences du commerce moderne. Dans le souci d'assurer la cohérence de l'ensemble du droit suisse de la vente, l'exercice fait ici mérite d'être répété dans les autres domaines du droit de la vente: nul doute que les constructions du Code des obligations, moyennant peut-être quelques réajustements, feront bonne figure au regard de celles de la Convention de Vienne.

SHORT OVERVIEW

Since the UN Convention on the International Sale of Goods of April 1980 (hereinafter CISG) came into force in Switzerland on 1 March 1991, sales contracts could be subject to two different statutes under Swiss law: to the CISG, which applies in Switzerland to most international sales, and/or to the Swiss Code of Obligations (hereinafter CO), which mainly governs national sales, but would also still apply – of course to a smaller extent than before – to the international sales contracts. The recent adoption by the Swiss Parliament of an up-to-date statute on international sales provided an opportunity to reexamine the Swiss CO in the light of modern sales structures, and to check, in particular, whether and how the Swiss CO could be amended to address instances where its present solutions may prove inappropriate in light of prevailing international practice.

The goal of the present study was indeed to examine one particular area where revisions may be necessary, i.e. transfer of risk, which remains one of the most controversial issues in CO's rules on sales contracts. This study also examines whether and how differences between rules concerning the transfer of risk in the CO and CISG could be reduced in accordance with each system's principles of interpretation.

One of this study's main conclusions is that the spirit and letter of the CO's rules on risk allow for solutions which, on the one hand, provide globally satisfactory answers to the main criticisms of Swiss current practice, and, on the other hand, are similar to those of the CISG. The CO can be interpreted as generally placing the risk on the buyer after the seller has lost exclusive control of the goods. This is also the basic principles of the CISG.

My conclusion on the transfer of risk is not accepted by certain Swiss scholars. However, the fact that this solution finds support in the CISG, which has been recently adopted by the Swiss Parliament as being the main Swiss regulation applicable to international sales, strongly suggests that the proposed interpretation is in accordance with Parliament's intent. Without constituting a means to interpret the CO's rules on sales contracts, the CISG is likely to provide a first rate reference when the interpretation of the CO leads to solutions which appear to be similar to those provided for by the CISG.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons



COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(*Editeur*)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(*Editeur*)

La légalité: un principe à géométrie variable



COLLECTION GENEVOISE

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand

(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation
de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les origines et le fondement du contrôle
de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit



COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe:
Libre circulation et participation

La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

François Chaix

Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe
de la relativité des conventions

Michel Hottelier

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Charles-Albert Morand

Aménagement du territoire et protection de l'environnement:
La simplification des procédures

Herbert Schönle

Droit des obligations et droit bancaire. Etudes
Problèmes actuels de droit fiscal. Mélanges en l'honneur
du Professeur Raoul Oberson



COLLECTION GENEVOISE

Rita Trigo Trindade

Le conseil d'administration de la société anonyme

Thierry Tanquerel

Les voies de droit des organisations écologistes
en Suisse et aux Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La pesée globale des intérêts.
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Bénédict Foëx

Le contrat de gage mobilier

Arlette Stieger-Chopard

L'exclusion du droit préférentiel de souscription
dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Blaise Knapp et Xavier Oberson
(Editeurs)

Problèmes actuels de droit économique.
Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod



COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Wisard

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Philippe Gerber

La nature cassatoire du recours de droit public
Mythe et réalité

Pierre Guibentif

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination à l'exemple du Portugal

Alfred Dufour, Ivo Rens, Rudolf Meyer-Pritzl, Bénédicte Winiger
(Editeurs)

Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Jacques-André Reymond

De l'autre côté du miroir. Etudes récentes

Xavier Favre-Bulle

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen



COLLECTION GENEVOISE

Démocratie directe

Andreas Auer
(Editeur)

Les origines de la démocratie directe en Suisse
Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Les grands juristes

Dominique Mani

Eugen Huber juriste charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour
(Editeurs)

Jacques Godefroy (1587–1652)

Alfred Dufour

Hommage à Pellegrino Rossi (1747-1848)
Genevois et Suisse à vocation européenne

Droit et Histoire

Alfred Dufour, Robert Roth et François Walter

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Bénédict Winiger

La responsabilité aquilienne romaine.
Damnum Iniuria Datum



COLLECTION GENEVOISE

Christian M. Reiser

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Les règles du Code des Obligations (CO) sur le transfert des risques font depuis longtemps l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine suisse. En outre, elles consacrent certaines solutions qui divergent de celles développées par les codifications modernes de la vente, en particulier par la Convention de Vienne (CVIM) en vigueur en Suisse depuis mars 1991.

Cette étude propose un examen nouveau des règles du CO en matière de risques, dans la perspective d'identifier des solutions qui, tout à la fois, répondent aux reproches de la doctrine, s'alignent sur celles de la pratique internationale actuelle et assurent la meilleure harmonie possible au sein du droit suisse de la vente, entre CO et CVIM.

La comparaison entre le CO et la CVIM suit trois axes: analyse des normes générales applicables, rapports entre les règles sur le transfert des risques et celles sur l'inexécution du contrat et, enfin, présentation des différents moments et conditions auxquels les risques sont transférés à l'acheteur, cette dernière étape incluant un survol des INCOTERMS de la CCI.

Helbing & Lichtenhahn

X-EBE-170-973 ISBN



9 783719 017637