Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 33 (1914)

Artikel: Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation

Autor: Martin, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896242

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.09.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

Par Alfred Martin,
professeur à l'Université de Genève.

I. INTRODUCTION.

Lorsqu'un débiteur n'accomplit pas la prestation à laquelle il s'était engagé, en contractant avec son créancier, il peut y être contraint. C'est là un principe tellement évident qu'il est superflu d'insister.

Mais la contrainte directe est souvent impossible. *Nemo praecise cogi potest ad factum.* — Il faut alors convertir l'objet de l'obligation en une somme d'argent, dont le créancier poursuivra la rentrée suivant les règles de l'exécution forcée.

Quels sont les principes généraux qui régissent la matière des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation? Tel est le sujet dont nous nous sommes proposé l'étude, en examinant les solutions données par le droit français, le droit suisse et le droit allemand.

Il importe de préciser, préalablement, la notion de l'inexécution des obligations, en la distinguant de celle de la demeure du débiteur.

Quand doit-on dire qu'une obligation résultant d'un contrat est inexécutée? C'est quand il est établi que la prestation qui formait l'objet de l'obligation, ne peut plus être effectuée de manière à procurer au créancier la satisfaction à laquelle il a droit.

Au contraire, lorsque le débiteur est en demeure, il n'a pas encore exécuté la prestation, mais il lui est encore

possible de satisfaire son créancier, en l'exécutant plus tard et en ajoutant, au besoin, une indemnité pour le retard.

Lorsque l'acheteur d'un objet en est évincé, il est dors et déjà établi que le vendeur n'a pas accompli l'obligation de garantir à l'acheteur la paisible possession de la chose vendue. Il n'est pas en demeure.

Lorsqu'un entrepreneur qui s'était engagé à livrer un ouvrage le 1er juillet, ne l'a pas fait le 1er août, il n'a pas encore accompli la prestation qui lui incombait, mais il est possible, il est même probable que cette prestation sera accomplie ultérieurement, et si l'entrepreneur livre au maître, le 15 août, un ouvrage conforme à la convention, en l'indemnisant du retard, le créancier recevra, en définitive, une juste satisfaction.

Le débiteur pourra avoir été en demeure, mais son obligation sera exécutée.

Il en serait autrement, dans le cas où l'époque à laquelle doit se faire la prestation était d'une importance telle qu'une exécution tardive dût être considérée comme équivalant à l'inexécution.[1])

Le débiteur doit être considéré comme n'ayant pas exécuté son obligation, non seulement lorsque la prestation qu'il aurait dû accomplir n'est plus possible, mais encore, lorsque cette prestation, fût-elle matériellement possible, ne serait pas propre à assurer au créancier l'avantage auquel il a droit, en vertu du contrat. En pareil cas, il ne faut pas parler de demeure.

Le créancier qui ne peut pas obtenir la prestation qui lui est dûe, doit se contenter d'une indemnité en argent, si le débiteur, en n'exécutant pas l'obligation, lui a causé

---

[1]) Ist die Rechtzeitigkeit so wesentlich, dass die nicht rechtzeitige Leistung als Erfüllung überhaupt nicht in Betracht kommen kann, so liegt ein Fall der objektiven Unmöglichkeit vor. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, Band I p. 268. Voir aussi Larombière, Théorie et pratique des obligations, Tome I p. 522.

un préjudice. La loi lui accorde une action en vertu de laquelle il obtiendra que son patrimoine soit, autant que possible, mis dans le même état que si l'obligation avait été exécutée par le débiteur.

Il existe, toutefois, une catégorie de prestations, relativement auxquelles l'inexécution se confond entièrement avec la demeure. Il s'agit des prestations ayant pour objet une somme d'argent.

Dans ce domaine l'inexécution est toujours un retard, car si le débiteur n'a pas payé à l'échéance, on peut espérer qu'il finira par satisfaire entièrement son créancier, au moyen de la somme principale qui lui est dûe, et des intérêts moratoires.

Ce sont là des vérités élémentaires, mais comme la loi semble parfois confondre la demeure du débiteur avec l'inexécution, il n'est pas superflu de les rappeler.

II. DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

1. Principes du droit français sur l'inexécution de l'obligation.

Le Code civil français parait confondre l'inexécution de l'obligation avec la demeure du débiteur.

Dans son article 1146, il dispose que les dommages et intérêts ne sont dûs que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

Le législateur français veut-il dire que le débiteur ne puisse être actionné pour cause d'inexécution de son obligation que s'il est en demeure?

Ce serait un véritable non-sens, car, l'inexécution définitive exclut la demeure.

En réalité, la règle exprimée dans ce texte se rapporte à la mise en demeure, telle qu'elle est prévue à l'article 1139.

En principe, le créancier doit commencer par sommer le débiteur d'accomplir sa prestation. Il n'est dispensé de cette formalité que lorsque le temps dans lequel la prestation devait être effectuée, est déjà passé.

Mais il y a d'autres cas dans lesquels la mise en demeure est inutile.

Presque tous les auteurs français décident que cette formalité est superflue, toutes les fois qu'il s'agit de réclamer au débiteur une indemnité à raison d'une inexécution définitive. „La mise en demeure, dit Planiol,[2]) est en relation nécessaire avec l'idée de retard; elle suppose que l'obligation est finalement exécutée ou qu'elle pourrait encore l'être, et qu'il s'agit uniquement de constater le retard fautif du débiteur. A quoi bon mettre en demeure un débiteur qui ne peut plus se libérer? Cela ne se concevrait même pas."

Larombière[3]) se prononce dans le même sens: „La mise en demeure n'ayant pour but que de constater légalement le retard apporté par le débiteur dans l'exécution de ses obligations, il suit qu'elle n'est nécessaire que dans les cas seulement où l'inexécution provient du retard. Si donc l'exécution de l'obligation, au lieu d'être simplement retardée, avait été imparfaite, nulle ou mauvaise, des dommages-intérêts seraient dûs au créancier pour son inaccomplissement, sans mise en demeure préalable."

Cependant la jurisprudence ne semble pas admettre cette solution.

La Cour de Cassation a décidé que la formalité de la mise en demeure est nécessaire pour les dommages-intérêts compensatoires eux-mêmes (11 janvier 1892).

Le fait de ne pas exécuter son obligation constitue ce qu'on appelle une faute contractuelle. „Le débiteur est en faute, disent Aubry et Rau[4]), lorsqu'il a contrevenu

---

[2]) Planiol II p. 80.

[3]) I p. 522.

[4]) Cours de Code civil français, 5me édition, Tome 4 p. 162.

à une obligation de ne pas faire ou lorsqu'il n'a pas apporté à l'exécution d'une obligation de faire ou de donner, tous les soins dont il était tenu."

La théorie des fautes a donné lieu à de nombreuses controverses. L'article 1137, d'après lequel celui qui est chargé de veiller à la conservation d'une chose, doit y apporter tous les soins d'un bon père de famille, est considéré comme ayant condamné la division tripartite des fautes et comme ayant repris la notion de la *culpa levis in abstracto*.

Mais ces discussions perdent beaucoup de leur portée à cause du pouvoir d'appréciation qui appartient au juge de fixer la responsabilité du débiteur.

Au reste, la notion de faute contractuelle est de nature à compliquer plutôt qu'à éclairer la discussion.

Un objet a été confié à ma garde. Il a été volé ou il a été détérioré. La vraie question n'est pas de savoir si c'est ma faute, mais celle de savoir si j'ai exécuté comme j'y étais tenu, l'obligation de veiller à la conservation de la chose. La perte ou la détérioration de cette chose ont-elles, oui ou non, pour cause le fait que je n'ai pas complétement exécuté l'obligation qui m'était imposée?

Pour résoudre ce point, il faut rechercher quelle était l'étendue de cette obligation, et dire si j'ai fait ce que j'étais tenu de faire, ou si j'ai évité de faire ce que j'étais tenu de ne pas faire, plutôt que d'émettre un jugement moral sur ma conduite.

Quoi qu'il en soit, le droit français applique à l'inexécution de l'obligation la sanction des dommages-intérêts, lorsqu'il en est résulté un préjudice pour le créancier.

Le patrimoine de ce dernier ayant été diminué, le débiteur doit, autant que possible, le reconstituer dans son intégrité.

Comment les dommages-intérêts doivent-ils être évalués?

Le juge apprécie librement si le débiteur doit être considéré comme ayant, ou non, accompli son obligation.

Mais cette première question une fois résolue dans un sens défavorable au débiteur, le juge est-il libre de fixer le montant des dommages-intérêts, suivant son propre sentiment? Le Code civil a cru nécessaire de lui imposer certaines règles.

Il n'y a pas à insister sur le principe bien connu que l'indemnité doit compenser les deux éléments du préjudice, la perte faite, *damnum emergens*, et le gain manqué, *lucrum cessans* (art. 1149).

Mais il est nécessaire de relever deux règles que le législateur français a empruntées à Pothier et Dumoulin et qu'il énonce dans les articles 1150 et 1151.

1° Lorsque ce n'est point par le dol du débiteur que l'obligation n'est pas exécutée, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. Voici comment Pothier justifie cette atténuation à la responsabilité du débiteur, auquel on ne peut pas reprocher un dol: „Les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages-intérêts, et non au delà."[5])

Le même auteur donne à l'appui de sa thèse les exemples suivants: „J'ai vendu un cheval et je n'ai pas pu le livrer. Je devrai indemniser l'acheteur de la somme qu'il a dû débourser pour se procurer un cheval, au delà du prix de vente, si dans ce temps les chevaux étaient augmentés de prix. C'est un dommage qu'il a souffert *propter rem ipsam non habitam*, qui n'a rapport qu'à la chose qui a fait l'objet du contrat, que j'ai pu prévoir qu'il pourrait souffrir. Mais si cet acheteur était un chanoine qui faute d'avoir le cheval que je m'étais engagé à lui livrer, n'a pu arriver à

[5]) Pothier, Traité des obligations, I p. 158.

temps au lieu de son bénéfice, pour gagner ses gros fruits, je ne serai pas tenu de la perte que ce chanoine a faite de ses gros fruits, quoique ce soit l'inexécution de mon obligation qui la lui a causée, car c'est un dommage qui est étranger à ce qui a fait l'objet de mon obligation et qui n'a pas été prévu lors du contrat et à la réparation duquel on ne peut pas dire que je me sois soumis en contractant."[6])

Au contraire, si c'est par le dol du débiteur que son obligation n'est pas exécutée, il est tenu des dommages-intérêts au delà de ce qu'on a prévu ou pu prévoir au moment du contrat.

„Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion, car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage."[7])

2[0] Le débiteur, même coupable de dol, n'est tenu de réparer que les dommages résultant immédiatement et directement de l'inexécution du contrat (art. 1151) et non pas ceux qui n'en sont qu'une conséquence indirecte.

La distinction entre les conséquences directes et les conséquences indirectes d'un fait est souvent difficile à établir. Mais le législateur français a voulu éviter que le juge se laissât entraîner par une longue suite de déductions, à des conclusions abusives et injustes.

Ainsi, en reprenant l'exemple du marchand qui a vendu sciemment une vache malade, et qui a communiqué sa maladie aux bestiaux de l'acheteur, serait-il possible de continuer le raisonnement de la manière suivante?

---

[6]) Pothier, l. c. p. 150 et 151.

[7]) Pothier, I p. 167.

La contagion ayant atteint les boeufs de l'acheteur, l'a empêché de cultiver ses terres. Il en est résulté qu'il n'a pas pu payer ses créanciers et que ses biens ont été saisis, donc le vendeur est responsable de la ruine de l'acheteur? Ce serait dépasser toute juste mesure. „Ce dommage, dit Pothier (p. 163), n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas une relation nécessaire, car quoique la perte de mes bestiaux que son dol m'a causée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir d'autres causes."

Le Code civil français ne tranche pas la question de savoir si le dommage moral qui résulte de l'inexécution doit être pris en considération dans l'évaluation des dommages-intérêts. L'opinion générale se prononce pour la négative. Cependant les tribunaux ordonnent souvent la réparation pécuniaire de préjudices non matériels.[8])

Le débiteur qui n'exécute pas son obligation, est donc tenu de réparer le préjudice qu'il cause au créancier. Mais il peut obtenir sa libération en prouvant que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147).

Ce point est précisé par l'article 1148: „Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit".

L'imputabilité du débiteur cesse donc, s'il y a cas fortuit ou force majeure.

Ces deux expressions sont en général employées comme synonymes. Elles désignent l'idée d'une cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur. Cependant, la doctrine n'est pas unanime sur ce point.

On a proposé différentes distinctions. D'après les uns, la force majeure exprimerait plutôt l'idée d'un accident de la nature, tandis que le cas fortuit exprimerait plutôt

---

[8]) Voir Planiol, t. 2 p. 90.

l'idée du fait de l'homme. D'après les autres, ce serait précisément le contraire, le cas fortuit serait l'accident résultant d'un fait de la nature, tandis que la force majeure supposerait toujours un fait de l'homme. Mr. Planiol enseigne que si l'on voulait faire entre ces deux termes une distinction logique, „on devrait se servir de l'expression „cas fortuit" pour désigner l'origine externe de l'obstacle qui a empêché l'exécution de l'obligation; .... par contre, on se servirait de l'expression „force majeure" pour indiquer la nature insurmontable de cet obstacle."[9])

2. Principes du droit allemand sur l'inexécution de l'obligation.

Le Code civil allemand règle cette matière à propos de l'obligation d'accomplir une prestation (Verpflichtung zur Leistung).[10])

Le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation (art. 241).

Mais si la prestation est impossible, le débiteur sera-t-il libéré?

Cette question est résolue par l'article 275 de la manière suivante:

„Le débiteur se trouve libéré de l'obligation d'effectuer la prestation dès que celle-ci devient impossible par suite d'une circonstance survenue depuis la naissance du rapport d'obligation et dont le débiteur n'ait pas à répondre.

---

[9]) Voir Demolombe, t. 24 p. 543. Aubry et Rau, 5e édition t. 4 p. 167. Planiol t. 2 p. 82.

[10]) Pour la traduction des articles du Code civil allemand que nous aurons à citer, nous nous servirons de l'ouvrage publié par le Comité de législation étrangère institué près le Ministère français de la Justice avec le concours de la Société de législation comparée. Les auteurs de ce beau travail emploient le verbe prester (accomplir une prestation). C'est un vieux mot qui devrait être admis dans le langage courant et qui est très utile dans le langage juridique.

Est assimilé à une impossibilité survenue depuis la naissance du rapport d'obligation l'impuissance du débiteur ultérieurement survenue d'exécuter la prestation.“ [11])

Cette disposition énonce expressément et implicitement les principes suivants:

1. Il faut distinguer entre l'impossibilité absolue de prester (Unmöglichkeit) et l'impossibilité relative, personnelle au débiteur (Unvermögen).

Une prestation est absolument impossible, lorsqu'elle ne peut être effectuée par personne. Par exemple la livraison d'une chose qui n'existe pas, la constitution d'un droit réel dont l'existence juridique n'est pas reconnue. Une prestation est relativement impossible, lorsque, bien que possible en elle-même, elle ne peut pas être effectuée par le débiteur. Par exemple la livraison d'une chose que le débiteur ne possède pas.

L'impossibilité de prester relative, personnelle au débiteur est désignée par le Code civil allemand sous le terme de Unvermögen, que l'on traduit en français, tant bien que mal, par le terme d'impuissance.

On peut aussi se servir des locutions d'impossibilité objective et d'impossibilité subjective. Mais ce choix d'expressions donnerait lieu à quelque malentendu, puisque Planck fait observer que l'impuissance du débiteur d'exécuter la prestation peut produire une impossibilité objective, par exemple dans le cas où la prestation doit être accomplie par le débiteur lui-même et non par une autre personne. Si le débiteur n'exécute pas la prestation, elle devient objectivement impossible.[12])

---

[11]) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

[12]) Planck, BGB, II. Band, S. 47.

2° L'impossibilité absolue peut exister déjà au moment où nait le rapport d'obligation (Entstehung des Schuldverhältnisses).

Le cas n'est pas prévu par l'article 275, mais par l'article 306 qui déclare nul tout contrat qui a en vue une prestation impossible.[13])

Quant à l'impuissance du débiteur existant déjà au moment où nait le rapport d'obligation, elle ne libère pas le débiteur. Il est responsable de s'être obligé à une prestation possible en elle-même, mais qui se trouve au-dessus de ses forces. Il a garanti implicitement au créancier qu'il pourrait se libérer.[14])

3° L'impossibilité peut s'être produite par suite d'une circonstance survenue depuis la naissance du rapport d'obligation.

Au moment où les parties ont contracté, la prestation était possible, mais elle devient ultérieurement impossible d'une manière absolue.

Par exemple l'obligation a pour objet un corps certain, qui est détruit depuis la conclusion du contrat.

Quelle est la conséquence de cette impossibilité?

Elle libère le débiteur, s'il n'a pas à répondre de la circonstance qui a produit l'impossibilité.

Au contraire, elle ne le libère pas, s'il répond de cette circonstance.

4° L'impuissance du débiteur d'exécuter la prestation, lorsqu'elle est survenue après la naissance du rapport d'obligation, est assimilée à l'impossibilité ultérieurement survenue.

Par conséquent, le débiteur sera libéré, lorsque son impuissance d'exécuter la prestation a pour cause une

---

[13]) Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

[14]) Bei Verträgen dieser Art geht das BGB davon aus, dass der Schuldner die Garantie für die Leistungsfähigkeit übernommen habe. Planck II 47.

circonstance dont il n'avait pas à répondre, tandis qu'il restera tenu dans le cas contraire.

Pour donner à ces règles une application pratique, nous dirons donc que le débiteur qui n'accomplit pas son obligation, n'est libéré que s'il établit que la prestation à laquelle il était tenu, est devenue impossible après la naissance du rapport de l'obligation pour une cause dont il n'a pas à répondre. Si cette preuve ne peut pas être fournie, il reste tenu.

Le point important à décider est donc celui de savoir si, oui ou non, le débiteur „avait à répondre" de la circonstance qui a rendu la prestation impossible. Nous traduisons ainsi le texte allemand qui dit „Umstand, den er zu vertreten hat": Il y a des circonstances dont le débiteur est responsable. Quelles sont celles dont il n'est pas responsable? La loi ne les définit pas; mais ce sont évidemment celles qui se produisent, sans qu'on puisse reprocher au débiteur d'avoir contrevenu à son obligation, d'avoir commis ce qu'on appelle une faute contractuelle.[15])

Le débiteur ne sera libéré que s'il établit qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour accomplir son obligation.

Il s'était engagé à livrer un objet certain; il était tout prêt à le faire, quand cet objet a été détruit par un accident entièrement indépendant de sa volonté. Nous retrouvons ici la notion de cas fortuit, à laquelle est opposée celle de la faute du débiteur.

Le Code civil allemand fait allusion à la faute contractuelle dans l'article 276: „Le débiteur doit, à moins de disposition différente, répondre de son fait intentionnel et de sa négligence (Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten).

---

[15]) Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objektive oder eine subjektive ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft oder nicht. Windscheid, II § 264.

Le débiteur, en droit allemand comme en droit français, peut donc obtenir sa libération, s'il établit qu'il n'est pas responsable de l'inexécution de l'obligation.

Cette règle subit cependant une importante exception en ce qui concerne les obligations dont l'objet n'est déterminé que par son genre.

L'art. 279 statue que le débiteur doit, aussi longtemps, qu'une prestation du genre fixé reste possible, répondre de son impuissance d'exécuter la prestation, alors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher.[16])

Malgré l'adage *genus numquam perit*, on peut supposer qu'il survienne une impossibilité absolue de trouver une chose d'un certain genre, par exemple lorsque le commerce d'un certain genre d'objets se trouve interdit. Le débiteur d'une prestation du genre fixé serait libéré si l'impossibilité d'exécuter la prestation était survenue depuis la naissance du rapport d'obligation (art. 275), à moins que cette impossibilité ne lui fût imputable, éventualité très invraisemblable.

Mais tant qu'une prestation du genre fixé reste possible, le débiteur est responsable de son impuissance d'exécuter la prestation, alors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher.

Planck[17]) enseigne qu'il faut assimiler au cas où il n'existe plus un seul objet du genre fixé, celui où il serait si difficile de s'en procurer, que cette difficulté dût être assimilée, au point de vue des besoins du commerce, à une véritable impossibilité.

Quoi qu'il en soit, le législateur allemand, en ce qui concerne les dettes de genre, a transformé l'obligation ordinaire du débiteur en une obligation de garantie.[18])

[16]) Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

[17]) Planck, II p. 52.

[18]) Neumann, Handausgabe des BGB I p. 269: Auf der Idee einer solchen stillschweigenden Garantieübernahme beruht

Le débiteur garantit au créancier qu'il lui fournira des objets in genere, notamment une somme d'argent. S'il ne paie pas, il ne peut pas invoquer, comme une excuse, son insolvabilité, lors même qu'elle aurait pour cause des événements dont il n'est aucunement responsable, comme, par exemple, la faillite d'un de ses propres débiteurs.

Cette solution paraît trop rigoureuse à certains auteurs.[19]) Mais elle est incontestablement nécessaire. Il n'y aurait plus de sécurité dans les affaires, si les débiteurs pouvaient se dispenser de payer sous prétexte que leur insolvabilité ne leur est pas imputable.

Il n'en est pas moins vrai que nous avons là un cas remarquable de responsabilité entièrement indépendante de toute faute.

Quelle est l'étendue de la responsabilité du débiteur, lorsqu'il n'a pas exécuté son obligation et que l'inexécution lui est imputable?

L'article 280 statue qu'en pareil cas, le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de l'inexécution.[20])

Le dommage doit, autant que possible, être réparé par le moyen du rétablissement en nature (art. 249 et 251).

Ce n'est que si le rétablissement en nature est impossible que le créancier doit être dédommagé en argent. Mais, en fait, le rétablissement en nature ne peut être réalisé

---

insbesondere die dispositive Vorschrift des § 279 hinsichtlich des persönlichen Unvermögens bei der Gattungsschuld, namentlich also bei der Geldschuld.

[19]) Endemann p. 697 note 27. Dernburg Tome II § 40 note 19: Windscheid dagegen behauptet, auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt ist, müsse als Entschuldigungsgrund gelten... Es ist jene Auffassung auch unvereinbar mit einem gesunden Kreditwesen.

[20]) Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

qu'assez exceptionnellement. C'est, du reste, un point qui est du ressort plutôt de la procédure que du droit civil.

Le sujet que nous traitons nous amène à rechercher comment doit être calculé le dédommagement en argent.[21])

La question des dommages-intérêts, de l'*Interesse* comme on dit en allemand, est difficile à résoudre avec précision. Elle a donné lieu à beaucoup de controverses. Mommsen a défini l'*Interesse*, la différence existant entre l'état actuel du patrimoine d'une personne tel qu'on le constate après un événement préjudiciable, et l'état dans lequel se trouverait ce même patrimoine si l'événement ne s'était pas produit.[22])

L'*Interesse* remplace l'objet primitif de l'obligation dont il doit être l'équivalent.

Mais comment fixer cet équivalent? Comment évaluer en argent ce qui manque au patrimoine du créancier par suite de l'inexécution de l'obligation? Il ne suffit pas d'estimer la valeur de la chose qui aurait dû être livrée, ou du fait qui aurait dû être accompli. Il s'agit aussi de déterminer l'avantage qu'aurait retiré le créancier, si la prestation lui avait été faite conformément à l'obligation et dont il est privé par l'inexécution. On est d'accord pour décider que l'*Interesse* comprend les deux éléments classiques, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, mais cette perte subie et ce gain manqué ne sont pas toujours faciles à préciser.

En outre, à supposer que l'on puisse discerner toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation, il reste

---

[21]) Nous laissons de côté le cas d'impossibilité partielle, qui sort de notre sujet.

[22]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht: Zur Lehre von dem Interesse p. 4: Wir können das Interesse noch genauer definieren, dass es die Differenz ist zwischen dem gegenwärtigen Vermögen einer Person, wie dasselbe nach einem beschädigenden Ereignisse sich darstellt, und dem Betrage, zu welchem dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft dieses Ereignisses sich belaufen haben würde.

à décider s'il est juste d'imposer au débiteur la charge peut-être écrasante de réparer tout le dommage qui résulte pour le créancier d'une infraction au contrat, si légère soit-elle.

Dans les discussions auxquelles cette matière a donné lieu en Allemagne, on peut distinguer deux tendances, l'une rigoureuse et strictement logique, l'autre modérée et plutôt indulgente pour le débiteur. D'après Mommsen, l'*Interesse* comprend non seulement le dommage qui a été causé exclusivement par le fait contraire au droit, mais encore le dommage qui résulte aussi d'autres circonstances qui se sont produites en même temps que ce fait ou après lui. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte du dommage causé par un fait, si le dommage se serait également produit en l'absence de ce fait.[23])

Windscheid soutient une opinion semblable: Il n'est pas nécessaire que le préjudice causé soit la conséquence directe de l'acte dommageable. Peu importe que les conséquences de cet acte aient pu, ou non, être prévues. Il suffit que l'acte illicite ait causé un dommage, avec le concours d'autres événements. Cependant la rigueur de ce point de vue est atténuée dans une note dont l'auteur fait valoir une opinion favorable à la distinction entre les conséquences de l'acte illicite qui pouvaient être prévues et celles qui ne le pouvaient pas.[24])

---

[23]) Das Interesse umfasst . . . nicht nur den Schaden, welcher ausschliesslich durch die zum Ersatz verpflichtende Tatsache herbeigeführt ist, sondern ebenfalls denjenigen Schaden, zu dessen Herbeiführung neben dieser Tatsache andere sei es auch später eingetretene Umstände mitgewirkt haben; dagegen kommt der durch die erwähnte Tatsache herbeigeführte Schaden nicht in Betracht, wenn es sich ergibt, dass derselbe auch sonst eingetreten wäre. Mommsen p. 198.

[24]) Windscheid-Kipp, 8e édition tome II p. 54 et 125: Es ist bei jeder einzelnen Folge seines Handelns zu untersuchen, ob diese verschuldet ist, das heisst ob diese Folge zu denjenigen Möglichkeiten gehört, die er hätte vorauserwägen können und sollen (note 14 p. 54—55).

Dernburg enseigne que l'obligation de réparer le préjudice est subordonnée à l'existence d'un rapport de causalité entre la faute et le préjudice et que ce rapport existe lors même qu'il est indirect, c'est-à-dire lorsque d'autres événements ont concouru avec la faute pour produire le préjudice. Cependant il reconnaît que cette règle ne doit pas être appliquée d'une manière absolue, et il combat l'opinion d'après laquelle l'obligation d'indemniser s'étendrait à tout dommage qui ne se serait pas produit si l'acte illicite n'avait pas été commis.[25])

De son côté, Jhering attaque, avec sa verve accoutumée, l'idée que toute faute doive rendre son auteur responsable de tout préjudice causé. Un mandataire a oublié de mettre à la poste une lettre. Il résulte de cet oubli pour le mandant une perte de plusieurs milliers de thalers. Le rapport de causalité entre la faute et le dommage est évident. Mais personne ne consentira à s'engager, si un oubli, une légère négligence doit se payer par le sacrifice de tout ce que l'on possède.[26]) Celui qui dispose sciemment de la chose d'autrui, encourt une plus grande responsabilité que celui qui le fait de bonne foi, bien que, dans les deux cas, le rapport de causalité soit le même.

Cette délicate question de l'étendue des dommages-intérêts se pose aussi bien en matière de faute contractuelle qu'en matière de faute délictuelle. Comment a-t-elle été résolue par le Code civil allemand?

Les articles 249 à 251 se rapportent à l'obligation de réparer le dommage causé, qu'elle ait pour cause un délit civil ou la violation d'un contrat. Nous en extrayons les principes fondamentaux suivants:

---

[25]) Dernburg II p. 125 Note 7: Die Schwierigkeit ist nur, die Grenze zu finden. Schwerlich kann dies durch ein abstraktes Prinzip geschehen. Es handelt sich um eine vernünftige Würdigung der Tatsachen im einzelnen Falle.

[26]) Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht; vermischte Schriften p. 215.

Celui qui est obligé à réparer le dommage, doit rétablir l'état de choses qui aurait existé, si la circonstance ayant donné lieu à l'obligation de réparation ne fût pas survenue (art. 249). Dès que le rétablissement en nature n'est pas possible et qu'il ne suffit pas au dédommagement du créancier, l'obligé à réparation doit dédommager le créancier en argent (art. 251).[27])

Le Code civil allemand a donc sanctionné le système le plus rigoureux pour le débiteur. Ce dernier est responsable de tout le dommage qui ne se serait pas produit, si l'obligation avait été exécutée, sans qu'il soit permis de distinguer entre le dommage direct et le dommage indirect.[28])

Toutefois, le législateur paraît admettre une distinction entre le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, en statuant une disposition spéciale pour le *lucrum cessans*. L'article 252, après avoir dit que le dommage à réparer comprend également le gain manqué, ajoute qu'on doit considérer comme gain manqué celui auquel on pouvait vraisemblablement s'attendre d'après le cours naturel des choses ou d'après les circonstances particulières en cause, telles spécialement que les préparatifs ou dispositions qui ont été prises.

(Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.)

L'interprétation de cette disposition donne lieu à controverse.

---

[27]) Wer zum Schadenersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Art. 249). . . . Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen (Art. 251).

[28]) Planck, II p. 17.

Planck lui attribue la portée suivante:

Il n'y a lieu de prendre en considération le gain manqué que lorsqu'au moment où s'est produit le fait qui a donné naissance à l'obligation de réparer le dommage, on pouvait s'attendre avec vraisemblance d'après les circonstances énoncées à l'art. 252 à un gain manqué. La preuve même de l'existence d'un gain manqué ne suffirait pas, si les conditions requises ci-dessus ne se rencontrent pas dans l'espèce.[29])

Cette opinion est discutée par d'autres auteurs qui estiment que la loi a voulu faciliter au créancier la preuve qui lui incombe, en exigeant de lui qu'il établisse non pas la certitude d'un gain manqué, mais seulement une sérieuse vraisemblance.

En résumé, il faut conclure que les juges allemands jouissent d'un large pouvoir d'appréciation, lorsqu'il s'agit de l'étendue des dommages-intérêts dûs par le débiteur qui n'a pas accompli son obligation, et qu'ils ne sont pas tenus de proportionner le montant de l'indemnité à la gravité de la faute.

En revanche, le débiteur n'est tenu à aucun dédommagement, lorsque l'inexécution de son obligation n'a causé au créancier qu'un dommage immatériel. L'article 253 qui s'applique aussi bien à la faute aquilienne qu'à la faute contractuelle, exclut en effet toute demande d'indemnité en argent, pour un dommage qui ne diminue pas le patrimoine (Vermögensschaden), sauf dans certains cas prévus spécialement par la loi. Il semble, cependant, qu'il faille entendre par dommage patrimonial, la privation d'une jouissance que l'on pourrait se procurer au moyen d'une somme d'argent. Planck donne l'exemple d'un billet de théâtre. Le dépositaire du billet qui le perd pourrait être condamné à une indemnité en argent au profit du propriétaire.

---

[29]) Planck, II p. 22. Voir Neumann, 5e édition, I p. 247. Endemann I p. 724.

3. Principes du droit suisse sur l'inexécution de l'obligation.

Le premier alinéa de l'article 110 du Code des obligations de 1881 contenait la disposition suivante:

> „Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable."

Le texte de l'article 97, alinéa 1er du Code des obligations révisé en 1911 a simplement remplacé le membre de phrase: „le débiteur est tenu à des dommages-intérêts", par celui-ci: „le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant".

Mais le principe n'a pas été modifié.

Le débiteur qui n'exécute pas l'obligation qu'il a contractée est responsable du dommage qu'il cause au créancier.

Toutefois, il peut obtenir sa libération, en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable. Cette formule n'est pas très heureuse. La preuve négative de n'avoir commis aucune faute, si on prend cette expression à la lettre, est à peu près impossible à administrer.

L'article 99 ajoute que, en général, le débiteur répond de toute „faute" (Verschulden).[30])

En principe, le débiteur est donc responsable de toute faute même légère. Cependant les articles suivants (100 et 101) distinguent sous certains rapports le dol (rechtswidrige Absicht), la faute grave (grobe Fahrlässigkeit), la faute légère (leichtes Verschulden).

Ces différentes notions sont extrêmement difficiles à définir.

L'essentiel est de constater que le débiteur est, en principe, responsable de toute faute. Mais en quoi consiste la faute?

---

[30]) L'ancien article 113 se servait du mot Fahrlässigkeit.

La situation du débiteur qui n'a pas exécuté son obligation, telle qu'elle est définie par les articles 97 et 99 CO, est la suivante:

Il est tenu de réparer le dommage causé au créancier, sans que ce dernier ait besoin de prouver la faute du débiteur. Il lui suffit d'établir 1° que le défendeur a contracté envers lui une obligation, 2° que le débiteur n'a pas exécuté cette obligation, 3° que l'inexécution de l'obligation lui cause un dommage.

Du moment que ces faits sont établis, le débiteur est tenu de réparer le dommage, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

L'article 97 ne s'accorde pas complètement avec l'article 99 qui paraît subordonner la responsabilité du débiteur à la condition qu'il ait commis une faute distincte de l'inexécution.

En réalité, ce que la loi appelle faute du débiteur, n'est pas autre chose que la violation du contrat, l'infraction à l'obligation. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation, est présumé en faute. Le créancier qui réclame la réparation du dommage causé, n'a pas besoin d'invoquer la faute de son adversaire. Il lui suffit de prouver que ce dernier n'a pas accompli la prestation à laquelle il était tenu.

Le débiteur répond de toute violation du contrat. Il est vrai que cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire (art. 99, 2°).

Il y a des cas où le débiteur n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde. Par exemple, le donateur ne répond envers le donataire du dommage dérivant de la donation qu'en cas de dol ou de négligence grave (art. 248 CO). Cela revient à dire que le donateur, n'étant tenu qu'à un certain degré de diligence, ne commet aucune infraction au contrat, lorsque sa diligence n'a pas été inférieure à celle qu'il était obligé d'observer. Dans d'autres cas, le débiteur est responsable de toute négligence. Cela veut dire qu'étant tenu à une grande diligence, il commet une

infraction au contrat même, lorsqu'il n'est que légèrement négligent.

Comment le débiteur peut-il obtenir sa libération? L'article 97 dit que c'est en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable. Il serait plus exact de dire que c'est en prouvant que l'inexécution de l'obligation ne lui est pas imputable. Il doit établir qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour accomplir la prestation à laquelle il était obligé, et que s'il n'y a pas réussi, c'est par suite de circonstances qui lui sont étrangères, en d'autres termes, il doit prouver que l'inexécution provient d'un cas fortuit.

Ainsi, pour résoudre la question de savoir si le débiteur est responsable, les juges n'ont pas à scruter les profondeurs de la notion de faute au point de vue subjectif.[31]) Ils ont simplement à rechercher s'il a fait ce qu'il était tenu de faire, et, le cas échéant, s'il fournit une excuse suffisante pour n'avoir pas réussi.

Il importe, du reste, de rapprocher la règle énoncée par l'art. 119 al. 1er de celles que nous venons d'examiner.

> „L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur."

A contrario, si l'exécution est devenue impossible par suite de circonstances imputables au débiteur, l'obligation n'est pas éteinte, mais elle se transforme én dommages-intérêts.

Le Code fédéral des obligations ne mentionne pas ici l'impossibilité purement personnelle au débiteur (Unvermögen) qui, d'après le Code civil allemand (art. 275), est assimilée à l'impossibilité, lorsqu'elle survient depuis la conclusion du contrat. Mais il est incontestable que le terme général d'impossibilité d'exécution s'applique aussi à l'impossibilité personnelle au débiteur. Le débiteur est donc libéré, s'il prouve que l'obligation lui est devenue

---

[31]) Voir Oser, Commentaire de l'art. 41 CO.

impossible par suite de circonstances qui ne lui sont pas imputables, c'est-à-dire par suite d'un cas fortuit.

L'article 119 concorde avec l'article 97.

Nous avons vu que l'article 279 du Code civil allemand, prévoyant le cas où l'objet dû n'est déterminé que par son genre, statue que le débiteur répond de son impuissance d'exécuter la prestation, tant qu'une prestation du genre fixé reste possible, alors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher.

Le Code des obligations omet de résoudre ce point. Hafner enseigne qu'on ne peut, dans ce cas, parler d'impossibilité d'exécution. Tant que le genre existe, le débiteur est censé pouvoir fournir des objets faisant partie de ce genre. Le débiteur d'une somme d'argent n'est pas admis à demander la libération en offrant de prouver que son insolvabilité ne lui est pas imputable.[32])

La responsabilité du débiteur consiste dans l'obligation qui lui est imposée de réparer le dommage résultant pour le créancier de l'inexécution. Cette réparation se réalise par divers moyens. Comme le dit l'article 97, al. 2, la procédure d'exécution est règlée par la loi sur la poursuite et la faillite, ainsi que par le droit fédéral et cantonal sur la matière.

La réparation se fait en nature, par l'exécution réelle ou naturelle, lorsqu'elle est possible (art. 98).

Nous ne nous occupons ici que du cas où la dette se transforme en obligation de payer les dommages-intérêts. Le créancier ne pouvant obtenir la prestation promise, réclame une somme d'argent à titre de réparation du préjudice causé.

Nous avons à rechercher quelles sont les règles du droit suisse concernant les dommages-intérêts dûs pour cause d'inexécution des obligations.

---

[32]) Hafner, p. 57. Voir ce qui sera dit plus loin sur la demeure du débiteur d'une somme argent; la demeure se confond, en ce cas, avec l'inexécution.

Le Code de 1881 (article 116) se rapprochait à cet égard du droit français. Il énonçait une règle générale qui devait s'appliquer, toutes les fois que le débiteur n'avait pas commis une faute grave, et une règle spéciale pour le cas de faute grave (schweres Verschulden).

D'après la règle générale, les dommages-intérêts dûs par le débiteur devaient comprendre en tout cas le préjudice qui avait pu être prévu, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat. D'après la règle spéciale, applicable au cas où le débiteur avait commis une faute grave, c'est-à-dire lorsqu'il avait gravement contrevenu aux obligations dérivant du contrat, le juge devait apprécier s'il n'y avait pas lieu d'accorder de plus amples dommages et intérêts. Le débiteur pouvait donc être condamné à réparer le préjudice qui ne pouvait pas être prévu au moment du contrat et peut-être même le préjudice qui n'était pas une conséquence immédiate de l'inexécution.

Cette disposition a été remplacé dans le Code des obligations révisé, par la règle suivante qui est formulée dans le 3me alinéa de l'article 99: „Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle."

A première vue on serait tenté d'en conclure à une identité complète entre les conséquences de la faute contractuelle et celles de la faute aquilienne. Mais ce serait aller trop loin. Le texte allemand est ainsi conçu: „Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung".

Le traducteur a cru pouvoir se dispenser de mettre en français l'idée pourtant très importante exprimée par les mots „über das Mass der Haftung". Ce ne sont pas toutes les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites qui s'appliquent aux effets de la faute contractuelle, mais seulement les règles relatives à l'étendue de la réparation.

Il n'en est pas moins vrai que, même ainsi complèté, le dernier alinéa de l'article 99 est d'une clarté insuffisante. Qu'est-ce-que l'étendue de la réparation? Mr. Oser dit qu'on doit entendre par là la détermination du préjudice et la fixation de l'indemnité.[33])

Il est hors de doute que les articles 42, 43 et 44 sont applicables à la réparation du dommage résultant de l'inexécution de l'obligation. De là résulte la conséquence que le juge détermine le mode et l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute, c'est-à-dire la gravité de l'infraction au contrat. Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction entre le préjudice qui pouvait être prévu au moment du contrat, et le préjudice qui ne pouvait pas être prévu, ni même entre le préjudice qui est la conséquence immédiate de l'inexécution et celui qui n'en est que la conséquence indirecte.

En revanche, le 2me alinéa de l'article 44, qui contient une innovation en ce qui concerne les obligations résultant d'actes illicites, devra trouver son application en matière de faute contractuelle.

> „Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts."

Ainsi, lorsque le débiteur n'a commis qu'une légère infraction à son obligation, sa responsabilité qui est déjà atténuée par ce fait même, doit bénéficier d'une seconde atténuation, lorsqu'une condamnation à des dommages-intérêts même modérés „l'exposerait à la gêne". Le créancier sera tenu de lui faire en quelque sorte la charité.

Les articles 45 et 46 qui prévoient certains accidents particuliers peuvent aussi, le cas échéant, être invoqués en matière d'inexécution des obligations. Mais en est-il de même des articles 47 et 49, qui dictent une indemnité pour le dommage moral? S'il faut donner une pareille portée

---

[33]) Oser, p. 321.

à la disposition finale de l'article 99, celle-ci consacre une innovation très importante.

Sous l'empire du Code de 1881, le Tribunal Fédéral a décidé à plusieurs reprises que les dommages-intérêts ne devaient comprendre que la réparation du dommage matériel.[34])

En théorie, une distinction tranchée entre la responsabilité résultant des délits et la responsabilité résultant de l'inexécution des obligations, ne se justifie guère. Un délit civil est un acte illicite; celui qui le commet viole une obligation légale. Le débiteur qui n'exécute pas l'obligation qu'il a contractée, commet aussi un acte illicite.[35]) Il arrive assez souvent qu'un acte puisse être qualifié à la fois de faute délictuelle et de faute contractuelle.

Ainsi que l'a constaté le Tribunal Fédéral, le médecin qui, par sa négligence, porte atteinte à la santé ou à la vie de son client, n'enfreint pas seulement une obligation contractuelle, mais encore un principe général de l'ordre juridique.[36])

On doit même généraliser ce principe et décider que le débiteur qui, au lieu d'exécuter son obligation loyalement, commet un dol ou une faute grave, encourt une responsabilité plutôt délictuelle que contractuelle. Il faut dire de lui ce que le Tribunal Fédéral dit du médecin négligent, qu'il viole un commandement général de l'ordre juridique (ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung). Celui qui, le sachant et le voulant, vend des denrées malsaines, celui qui donne à bail un cheval qu'il sait être vicieux, sont considérés par la conscience publique, bien plus comme des délinquants que comme de mauvais débiteurs.

---

[34]) Rec. off. XIX p. 912, 16 décembre 1893. XXVIII. 2. p. 540, 15 décembre 1902. XXXI. 2. p. 260, 5 mai 1905.

[35]) Voir Planiol, Tome II p. 289 ss.

[36]) Rec. off. XVIII p. 861, 9 décembre 1892. XVIII p. 340, 10 juin 1892.

La jurisprudence française n'est pas fixée sur le point de savoir si les accidents de personnes se produisant sur les voies ferrées, doivent être considérés comme constituant à la charge des Compagnies, des fautes contractuelles ou des fautes délictuelles. Il n'y a donc aucune objection de principe à opposer à la législation suisse, si elle applique les mêmes règles à la responsabilité résultant des actes illicites et à celle résultant de l'inexécution de l'obligation et si, dans ces deux ordres de faits, elle tient compte du dommage immatériel. Seulement, il est permis de regretter qu'une question aussi importante en théorie et en pratique, n'ait pas été résolue d'une manière plus nette et plus précise.

Du reste, malgré la restriction qu'apportait à la libre appréciation des juges l'article 116 CO, le Tribunal Fédéral a posé le principe qui, à plus forte raison, est resté en vigueur actuellement, que les dommages-intérêts dûs pour l'inexécution d'un contrat doivent consister dans une somme dont le montant représente la différence existant entre l'état plus favorable dans lequel se trouverait le patrimoine du demandeur, si le contrat avait été exécuté régulièrement, et l'état moins favorable de ce même patrimoine résultant de l'inexécution. C'est qu'on appelle en allemand „das Erfüllungsinteresse".[37])

En matière de vente, le Tribunal Fédéral distingue aussi le dommage concret et le dommage abstrait.

Le dommage concret équivaut à la différence entre le prix convenu et le prix inférieur dont le vendeur a dû se contenter, l'acheteur n'ayant pas exécuté le contrat. Le dommage abstrait consiste dans la différence entre le prix convenu et le prix courant (Verkehrswert) de l'objet vendu.[38])

---

[37]) Rec. off. XXV. 2. p. 781, 7 octobre 1899. XXXIV. 2. p. 728, 18 décembre 1908.

[38]) Rec. off. XXXIII. 2. p. 243, 26 avril 1907. XXXV. 2. p. 61, 29 janvier 1909.

III. DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR.

La demeure est une inexécution partielle de l'obligation. Le débiteur n'a pas effectué la prestation quand il l'aurait dû; il est en retard, et le retard est dûment constaté. Mais l'exécution de l'obligation est encore possible. Le créancier peut obtenir satisfaction, et il n'a pas le droit de refuser la prestation tardive, pourvu qu'il soit indemnisé des conséquences du retard.

1⁰ Des principes du droit français sur la demeure du débiteur.

Nous n'avons pas à nous demander comment le débiteur est mis en demeure. Nous supposons qu'il est en demeure. Il est tenu des dommages-intérêts moratoires, à moins qu'il ne justifie que le retard provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147). Les dommages-intérêts moratoires se cumulent avec l'exécution effective de l'obligation. C'est par là qu'ils se distinguent des dommages-intérêts compensatoires. Si la dette a pour objet le paiement d'une somme d'argent, nous avons déjà remarqué que la demeure se confond avec l'inexécution. Le principe posé par l'article 1153 du Code civil est que les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts légaux. De plus, ces dommages-intérêts sont dûs sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Le Code paraît sous-entendre que le débiteur ne peut, en aucun cas, obtenir sa libération, en prouvant que son insolvabilité provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Une loi du 7 avril 1900 a ajouté à l'article 1153 un 4^{me} alinéa: „Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préju-

dice indépendant du retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance."

Il s'agit des cas où le débiteur a essayé de se soustraire à l'acquittement de sa dette par des contestations vexatoires et par des moyens abusifs. Le débiteur peut, dans cette éventualité, être condamné non seulement aux intérêts moratoires, mais encore à une indemnité plus complète.

Il arrive souvent, en effet, que les intérêts moratoires ne suffisent pas à indemniser le créancier. Mais il ne peut réclamer les dommages-intérêts supplémentaires que si le débiteur a agi avec mauvaise foi.

La rédaction dont le législateur de 1900 s'est servi est un peu défectueuse. On ne peut pas dire que, lorsque le débiteur a commis des actes de mauvaise foi, le préjudice subi par le créancier soit indépendant du retard, car c'est bien le retard dans le paiement qui a lésé le créancier. La loi veut dire que le créancier peut reprocher au débiteur autre chose que le simple retard, il peut prouver que le débiteur a commis une faute délictuelle, un acte illicite grave.

La demeure du débiteur entraîne pour lui une autre conséquence que la condamnation aux intérêts moratoires. Elle met à sa charge les cas fortuits, lorsque l'obligation a pour objet un corps certain (art. 1302).

Le débiteur en demeure ne peut pas obtenir sa libération en prouvant que l'objet de l'obligation a péri par cas fortuit depuis qu'il est en demeure. L'objet de l'obligation existait, au moment où l'exécution aurait dû être effectuée. L'exécution était donc possible. Elle est devenue impossible parce que le débiteur est en demeure. Il est donc constaté que l'inexécution lui est imputable. Le débiteur n'obtient sa libération que s'il parvient à prouver que l'objet de l'obligation aurait également péri chez le créancier, s'il lui avait été livré. En ce cas, la demeure n'aurait pas été préjudiciable au créancier.

2° Des principes de droit allemand sur la demeure du débiteur.

La question de savoir si un débiteur n'est en demeure que si le retard dans l'exécution de l'obligation lui est imputable, est controversée en théorie.[39])

Le seul fait que le débiteur n'a pas exécuté l'obligation quand il aurait dû le faire, le constitue-t-il en demeure et l'expose-t-il aux conséquences qui en résultent? Ou bien n'est-il juridiquement en demeure que si le retard peut être attribué à sa faute?

Windscheid enseigne qu'un débiteur n'est en demeure que si le retard lui est imputable. Il soutient même que son insolvabilité, si elle a pour cause des circonstances malheureuses qui sont indépendantes de toute faute de sa part, doit être admise comme un motif d'excuse.[40])

Dernburg[41]) exprime l'opinion que la demeure doit avoir son fondement dans une faute du débiteur.

Mais celui qui ne paie pas ce qu'il doit quand il aurait dû payer, doit être considéré comme étant en faute. Seulement il obtiendra sa libération en prouvant que la demeure ne lui est pas imputable. L'insolvabilité n'est, en revanche, pas un motif d'exonération pour le débiteur.

Ces principes ont passé dans le Code civil allemand.

D'après l'article 285, le débiteur n'est pas constitué en demeure, tant que la prestation reste omise par suite d'une circonstance dont il n'a pas à répondre.[42]) La demeure étant une inexécution partielle, il est naturel de lui appliquer les principes concernant l'inexécution.

---

[39]) Voir Hugo de Claparède, zur Lehre vom Leistungsverzuge.

[40]) Windscheid-Kipp, 8e édition, Tome II p. 117 et 119.

[41]) Tome II § 40.

[42]) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

Le débiteur est responsable des conséquences de la demeure, tant qu'il ne prouve pas que le retard dans l'exécution a pour cause une circonstance qui ne lui est pas imputable.

Mais lorsque l'objet de l'obligation n'est déterminé que par son genre, le débiteur doit, tant que la prestation du genre fixé reste possible, répondre de son impuissance d'exécuter la prestation, lors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher (art. 249). L'insolvabilité du débiteur n'excuse donc jamais la demeure.

Quelles sont les conséquences de la demeure?

1° Le débiteur doit réparer le dommage causé au créancier par la demeure (art. 286).

Le dommage doit être apprécié d'après les principes posés dans les articles 249 et suivants.

Le rétablissement en nature étant impossible, le créancier doit être dédommagé en argent.

Si, par suite de la demeure, la prestation n'a plus aucun intérêt pour le créancier, ce dernier peut, sous la condition de rejeter la prestation, exiger réparation de dommage pour inexécution (art. 286 al. 2).[43])

2° Le débiteur doit répondre de toute négligence pendant la demeure (art. 287),[44]) lors même que, d'après l'obligation qu'il a contractée, il ne devait répondre que de son dol ou de sa faute grave.

3° Le débiteur est également responsable pour impossibilité relativement à la prestation survenue pendant la demeure par cas fortuit, à moins qu'il s'agisse de dommage qui se serait également produit si la prestation eût été faite en temps utile (art. 287).[45])

---

[43]) Hat die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

[44]) Der Schuldner hat während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten.

[45]) Er ist auch für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei

4° Le débiteur d'une somme d'argent est tenu, pendant la demeure, des intérêts moratoires à quatre pour cent. Le créancier y a droit, sans avoir besoin de justifier que la demeure lui cause un préjudice. En revanche, il conserve le droit de réclamer une indemnité pour le préjudice causé par la demeure, si les intérêts moratoires ne suffisent pas à l'indemniser (art. 288).

3° Des principes du droit suisse sur la demeure du débiteur.

Le Code des obligations indique comment le débiteur est mis en demeure, mais il ne définit pas la demeure en elle-même. Cependant aucune difficulté ne s'élève sur ce point. La demeure est le retard dans l'exécution de l'obligation.[46])

Pour devenir demeure, le retard doit-il être imputable au débiteur? Pour que le débiteur en retard soit en demeure, faut-il qu'il ait commis une faute? Mr. Oser résout cette question négativement.

En principe, la demeure peut être indépendante de la faute, quoique souvent elle se combine avec une faute du débiteur.

Nous allons voir que certaines conséquences de la demeure se produisent, sans que la demeure soit accompagnée d'une faute imputable au débiteur, tandis que d'autres conséquences ne se produisent pas, si le débiteur prouve qu'il n'a pas commis de faute.[47])

Quelles sont les conséquences de la demeure?

1° Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive (art. 103 al. 1). Cette obligation de réparer le dommage causé au créancier résultait déjà de l'article 97, d'après lequel le débiteur est

---

denn dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

[46]) Oser, p. 324.

[47]) Oser, p. 328.

tenu de réparer le dommage résultant de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation.

Dans le cas où le débiteur est en demeure, l'exécution est encore possible, le créancier peut encore être satisfait, mais il a droit à être indemnisé du retard. Le retard, en effet, peut causer au créancier un préjudice, parce que, pendant un certain temps, il a été privé de l'usage de l'objet qui devait lui être livré, ou parce que cet objet a diminué de valeur, dans l'intervalle qui s'écoule entre le moment où le débiteur a été mis en demeure et celui où la prestation a été effectuée.

Mais le débiteur peut obtenir sa libération, en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part (art. 103 al. 2).

La responsabilité résultant de la demeure ne se produit donc théoriquement que si le débiteur est en faute. Seulement, comme c'est au débiteur qu'incombe le fardeau de la preuve, il peut arriver souvent qu'il soit considéré comme étant en demeure, lors même qu'aucune faute ne lui est en fait imputable.

2° Le débiteur en demeure répond même du cas fortuit (art. 103 al. 2).

Il est tenu à indemniser le créancier, même si la prestation devient impossible pendant que le débiteur est en demeure. La demeure perpétue l'obligation. Si le débiteur avait voulu exécuter l'obligation quand il le devait, la prestation aurait été possible. Le créancier ne doit pas supporter un préjudice qui ne l'aurait pas atteint, si le débiteur n'avait pas été en demeure.

Le débiteur peut aussi, en ce cas, obtenir sa libération en prouvant, ou bien qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part, ou bien que le cas fortuit aurait atteint la chose dûe, même si l'exécution avait eu lieu à temps (art. 103 al. 2).

3° Le débiteur d'une somme d'argent doit, depuis qu'il est en demeure, les intérêts moratoires à cinq % par an (art. 104 al. 1).

Ici la demeure est indépendante de la faute. Le débiteur ne pourrait pas obtenir sa libération, en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part. Son insolvabilité n'est pas une cause d'excuse. La loi n'énonce pas expressément cette règle, mais elle n'en est pas moins incontestable.[48])

Le créancier n'a pas besoin de prouver l'existence du dommage, pour obtenir les intérêts moratoires. Mais s'il prétend que le dommage éprouvé par lui, est supérieur à l'intérêt moratoire, il doit en faire la preuve.

De son côté, le débiteur peut obtenir la libération de ces dommages-intérêts supplémentaires, en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 106 al. 1).

L'ancien article 121 mettait la preuve de la faute du débiteur à la charge du créancier qui réclamait les dommages-intérêts supplémentaires, ce qui était en contradiction avec les principes concernant l'inexécution des obligations. Dans le système actuel, le débiteur d'une somme d'argent qui n'a pas payé, lorsqu'il aurait dû le faire, commet une infraction à son obligation, et comme sa dette est une dette de genre, il n'a pas d'excuse à faire valoir. Il est donc, dans tous les cas, tenu des intérêts moratoires qui normalement représentent le préjudice subi par le créancier.

Mais si celui-ci établit que le préjudice qu'il subit, est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur doit des dommages-intérêts supplémentaires, puisque c'est lui qui a lésé les intérêts de son créancier en ne payant pas, quand il aurait dû le faire. Toutefois, si le débiteur parvient à établir que le retard est entièrement indépendant de sa faute, il ne doit rien au delà des intérêts moratoires. Le créancier supporte donc une partie du dommage qui a pour cause un cas fortuit, et lors même qu'il s'agit d'une dette d'argent, le débiteur peut obtenir sa libération de toute indemnité dépassant les intérêts moratoires. Les

---

[48]) Hafner, Art. 119. Oser, p. 330.

dommages-intérêts supplémentaires sont plutôt compensatoires que moratoires.

IV. RÈGLES CONCERNANT SPÉCIALEMENT LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES.

1° Droit français.

Lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre a le droit d'obtenir la résiliation du contrat.

Tel est bien le principe énoncé dans l'article 1184, mais sous une forme indifférente.

> „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement."

Ce droit de demander la résolution du contrat, qu'on appelle pacte commissoire tacite est, comme *l'exceptio non adimpleti contractus* une conséquence de la réciprocité des obligations.

Mais le contrat n'est pas résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a seulement le droit de demander à la justice de prononcer la résolution du contrat.

Cette action en résolution ou en résiliation existe-t-elle, quelle que soit la cause d'où provient l'inexécution? La jurisprudence et la majorité des auteurs adoptent cette solution. Du moment que l'une des parties ne satisfait pas à son engagement, l'autre a le droit de demander la résiliation, même lorsque l'inexécution ne lui est pas imputable. Peu importe que le débiteur ait été empêché par un cas fortuit d'accomplir la prestation à laquelle il était tenu. Cette opinion est toutefois combattue par Planiol.[49]) Quoi qu'il en soit, il faut réserver les cas où, comme dans la vente d'un corps certain, la chose est aux risques de l'acquéreur avant toute tradition. Si elle périt par cas fortuit, l'obligation du débiteur est éteinte et

---

[49]) II p. 441.

l'acquéreur n'en doit pas moins payer le prix. Il ne peut donc être ici question pour lui de demander la résolution de la vente.

Du reste, le créancier, c'est-à-dire la partie envers la quelle l'engagement n'a point été exécuté, n'est pas tenu de demander la résolution. Il peut, s'il le préfère, forcer le débiteur à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est encore possible.

A cet égard, il y a lieu de distinguer l'inexécution définitive de l'obligation et la demeure.

Dans le premier cas, comme l'exécution n'est plus possible, le créancier ne peut que conclure à la résiliation ou demander des dommages-intérêts pour l'inexécution.[50])

Dans le second cas, l'exécution est encore possible, le créancier a le choix entre l'action en résiliation et l'action tendant à l'exécution.

Mais la demande en résiliation peut être accompagnée d'une demande en dommages-intérêts. En effet, la résiliation ne procure pas toujours au créancier une satisfaction complète. Par le fait de son débiteur, il est obligé de renoncer à un contrat qui lui aurait procuré un avantage. Il a droit à être indemnisé de ce *lucrum cessans*.[51])

2⁰ Droit allemand.

Si dans un contrat synallagmatique, l'une des parties n'exécute pas son obligation, quels sont les droits de l'autre partie?

Il faut d'abord raisonner dans l'hypothèse que l'exécution de l'obligation est devenue impossible par suite

---

[50]) Larombière, II 350.

[51]) La résolution du contrat ne suffit pas pour désintéresser le demandeur. En reprenant ou en gardant ce qui faisait l'objet de son obligation il obtiendra souvent moins que ne lui eût donné l'exécution effective du contrat dont il attendait un bénéfice. Pour compenser le préjudice qu'il éprouve par ce gain manqué, il peut obtenir des dommages-intérêts arbitrés par le juge. Planiol, Tome II p. 442.

d'une circonstance dont ni l'une ni l'autre des parties n'ait à répondre.

La partie qui est empêchée d'accomplir sa prestation, se trouve libérée, mais elle perd tout droit à la contre-prestation (art. 323).[52])

Les risques sont donc à la charge, non du créancier, mais du débiteur.

Mais supposons que la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique soit devenue impossible, par suite d'une circonstance dont elle ait elle-même à répondre; l'inexécution lui est imputable. A cette hypothèse doit être assimilée celle d'une obligation dont l'objet n'est déterminé que par son genre. Nous savons, en effet, que, dans ce cas, le débiteur répond de son impuissance d'exécuter la prestation, alors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher.

L'autre partie, que pour abréger nous appellerons le créancier, a le choix entre les moyens suivants (art. 325):

1° Demander des dommages-intérêts pour inexécution. Le contrat est maintenu, seulement la prestation de l'une des parties étant devenue impossible, se transforme en dommages-intérêts. Le débiteur doit indemniser le créancier et mettre, autant que possible, son patrimoine dans la situation où il serait, si la prestation avait eu lieu (Erfüllungsinteresse).[53]) En revanche, l'autre partie, le créancier, continue à être obligée à effectuer sa propre prestation. Lorsque celle-ci consiste dans le paiement d'une somme d'argent, elle se compensera, jusqu'à dûe concurrence, avec les dommages-intérêts qui lui sont dûs. Mais si la prestation a pour objet autre chose qu'une somme d'argent, par exemple, dans le cas d'un échange, la compensation ne sera pas possible.

---

[52]) Verliert den Anspruch auf die Gegenleistung.

[53]) Planck, Tome II p. 101. Endemann, p. 706 note 37. Plusieurs auteurs contestent toutefois que l'action en indemnité remplace l'action tendant à l'exécution du contrat.

2° Résilier le contrat. La résiliation du contrat a lieu par déclaration envers l'autre partie (art. 349). L'intervention du Tribunal n'est nullement requise. La conséquence de la résiliation est l'obligation de restituer les prestations reçues, imposée aux parties (art. 346).

3° Sans résilier le contrat, refuser d'effectuer la contre-prestation, en invoquant la règle applicable à l'inexécution non imputable au débiteur (art. 323).

Soit un contrat conclu entre A et B. A n'exécute pas sa prestation, B se refusera à exécuter la sienne.

On n'aperçoit pas, à première vue, la différence entre le droit de résilier le contrat et le droit de ne pas exécuter le contrat.

Mais les deux moyens reconnus par la loi au créancier diffèrent aux points de vue suivants:

a) Le droit de résiliation s'exerce par voie de déclaration, tandis que le droit de se refuser à la contre-prestation, s'exerce par voie d'exception à la poursuite du débiteur.

b) Le créancier qui a déjà exécuté sa prestation et qui résilie, a droit à la restitution d'après les règles de la résiliation, tandis que, s'il invoque le second moyen, il obtiendra la restitution d'après les règles concernant l'enrichissement sans cause.

c) Dans le cas où le débiteur a touché une indemnité à l'occasion de la perte de la chose, le créancier qui ne résilie pas, peut exiger cession de l'indemnité, tandis qu'en cas de résiliation il n'aurait pas cette faculté.

Par exemple A a vendu à B un objet, mais ne le lui a pas encore livré; dans l'intervalle l'objet est volé, dans des conditions telles, que A soit rendu responsable du vol. Etant assuré contre le vol, A reçoit une indemnité. B peut exiger la cession de l'indemnité, s'il ne résilie pas.[54])

Le Code civil allemand règle aussi la question qui se pose, lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve en demeure par rapport à la prestation

---

[54]) Code civil allemand traduit et annoté p. 462.

qui lui incombe (art. 326). La prestation n'a pas été effectuée à l'époque où elle aurait dû l'être. L'une des parties est en retard, et le retard lui est imputable. Mais l'exécution est encore possible, le créancier peut encore être satisfait. En ce cas, ce dernier peut procéder de la manière suivante:

Fixer à la partie en demeure, pour effectuer la prestation, un délai convenable, avec cette déclaration qu'après l'expiration de ce délai le créancier refusera toute prestation. Après l'expiration du délai fixé, le créancier peut, si la prestation n'a pas eu lieu en temps utile, opter entre ces deux partis: 1° Exiger réparation du dommage causé par l'inexécution. 2° Résilier le contrat. Mais il n'a plus le droit d'exiger l'exécution. Toutefois, lorsqu'à raison de la demeure, le contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, celle-ci a le droit d'opter entre l'action en indemnité et la résiliation, sans qu'il lui soit besoin de fixer aucun délai.

3° Droit suisse.

Le Code des obligations de 1881 ne règlait que les conséquences de la demeure d'une des parties, dans un contrat synallagmatique. Il ne prévoyait pas le cas où l'on pouvait reprocher à l'une des parties, non pas le retard dans l'exécution, mais l'inexécution totale.

Mais la solution n'était pas douteuse. S'il était dors et déjà établi que l'exécution est impossible, par exemple si le débiteur déclarait ne pas vouloir exécuter son obligation, le créancier avait le droit de considérer le contrat comme rompu.[55])

L'article 122 raisonnait dans la supposition que, dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants est en demeure. D'après l'article 117 il était mis en demeure par la seule expiration du jour de l'échéance et si aucune échéance n'était fixée, par l'interpellation du créancier.

---

[55]) Trib. féd. XIX p. 903. Schneider et Fick, 2 edition, I p. 251.

Quels étaient dans ce cas les droits de l'autre partie?

Elle devait fixer ou faire fixer par l'autorité compétente à la partie en demeure, un délai convenable, en la prévenant que, faute par elle de s'exécuter, le contrat se trouverait résilié à l'expiration du délai.

Ainsi, le créancier pouvait obtenir, par ce moyen, la résiliation du contrat sans procès. Toutefois, le procès n'était pas toujours évité, puisque la partie en demeure avait naturellement le droit de prétendre que le délai qui lui avait été imparti, n'était pas convenable, c'est-à-dire qu'il était insuffisant.

En outre, la résiliation pouvait être réalisée sans formalité, lorsque, d'après l'intention des parties, l'époque de l'exécution constituait un élément essentiel du contrat (Fixgeschäft) ou lorsque, par le fait de la demeure du débiteur, l'obligation était devenue sans utilité pour le créancier (anc. art. 123 et 125).

Mais il va sans dire que le créancier n'était pas forcé d'user de ce moyen et qu'il pouvait, en vertu des principes généraux sur l'exécution des contrats, conclure à l'exécution avec dommages-intérêts pour le retard.

Pouvait-il invoquer un troisième moyen consistant à demander une indemnité, pour inexécution, sans résilier? C'était très-douteux.[56])

Dans tous les cas, la partie qui résilie ou, pour s'exprimer comme le Code des obligations, qui se départ du contrat parce que l'autre partie est en demeure, ne pouvait lui réclamer des dommages intérêts qu'à condition de justifier que son adversaire était en faute (art. 124).

Le système du Code des obligations de 1881 pouvait donc se résumer de la manière suivante:

Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties est en demeure, l'autre peut obtenir la résiliation, sans établir la faute de son adversaire. Celui-ci ne pourrait

---

[56]) Voir Hafner, Commentaire de l'art. 124 CO note 2.

pas même éviter la résiliation, en établissant que la demeure ne lui est pas imputable.[57])

Mais si la partie qui se départ du contrat, prétend en outre à des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation, elle doit prouver que la partie en demeure est en faute. Hafner[58]) justifie ce point de vue, par la considération que la résiliation du contrat libère les deux parties de leurs obligations et que la partie qui résilie, ne peut donc pas se faire payer une somme qui remplace l'objet du contrat.

Il n'en est pas moins vrai que la notion de faute, telle qu'elle ressortait des textes du Code, était un peu confuse.

La faute dite contractuelle n'est pas autre chose que le fait du débiteur qui n'exécute pas son obligation, sans pouvoir établir qu'aucune faute ne lui est imputable.

Or, dans le cas prévu par les articles 123 et 125, le débiteur est en demeure. Il n'a pas exécuté son obligation, quand il l'aurait dû, et il ne prouve pas que la demeure ne lui est pas imputable. Il est donc en faute. Cependant la loi exige du créancier la preuve que le débiteur est en faute. La faute n'est donc plus simplement le fait de ne pas exécuter l'obligation, elle consiste dans d'autres actes illicites, comme par exemple ainsi que le Tribunal Fédéral l'a décidé, la déclaration expresse que fait le débiteur, de ne pas vouloir exécuter le contrat.[59])

Le Code des obligations révisé en 1911, applique à cette matière des règles nouvelles.

L'art. 107 a conservé celle qui concerne la fixation préalable d'un délai.

> „Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter."

Pendant le cours de ce délai, la partie en demeure a donc encore la faculté d'exécuter la prestation, et l'autre

---

[57]) Hafner, Commentaire de l'art. 122 note 4.

[58]) Commentaire de l'art. 124 note 2.

[59]) Rec. off. XIX p. 932, 29 décembre 1893.

partie ne peut pas refuser cette prestation. Le droit qu'a le créancier de fixer ou de faire fixer un délai au débiteur n'existe que si le débiteur est en demeure. Mais il est admis que lorsque la date du paiement n'a pas été déterminée, le créancier puisse mettre le débiteur en demeure et lui fixer un délai par un seul et même acte.[60]) Si à l'expiration du délai fixé, l'exécution n'est pas intervenue, le créancier a le choix entre l'emploi de trois moyens légaux.

1[er] moyen: Demander l'exécution et actionner le débiteur en dommages-intérêts pour cause de retard.

Le créancier conclut donc à ce que le débiteur soit condamné à exécuter l'obligation. L'exécution est encore possible, puisque le débiteur est en demeure. Quant aux moyens efficaces pour contraindre le débiteur à l'exécution, ils sont du ressort de la procédure.

Mais cette action tendant à l'exécution, le créancier peut l'exercer dès que le débiteur est en demeure et avant toute fixation de délai, de sorte que cette formalité est complétement inutile, si le créancier tient à exiger l'exécution de l'obligation.[61])

La loi dit que ce droit peut „toujours être exercé". C'est un peu exagéré, car il peut s'éteindre par la prescription.

Le débiteur doit indemniser le créancier du retard par des dommages-intérêts moratoires. Il pourra, semble-t-il, se libérer de cette obligation en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part (art. 103 al. 2).

Tel est le parti que le créancier peut prendre au moment qui lui convient, tandis que s'il se décide en faveur des deux autres moyens que nous allons indiquer, il est tenu de le déclarer immédiatement (unverzüglich), à peine de déchéance.

2[me] moyen: Renoncer à demander l'exécution et se départir du contrat, c'est-à-dire résilier le contrat. En ce

---

[60]) Trib. féd. 27 décembre 1889. Rec. off. XV n[0] 118 p. 868.
[61]) Oser, p. 334.

cas le créancier refusera d'effectuer la prestation qu'il avait promise et, le cas échéant, répétera ce qu'il a déjà payé.

3me moyen: Renoncer à demander l'exécution et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution. C'est une innovation. Le créancier ne renonce pas au contrat, il renonce seulement à exiger l'exécution, mais demande, à la place de la prestation promise, une somme d'argent, à titre de dommages-intérêts. Il s'agit ici de ce qu'on appelle en allemand das Erfüllungsinteresse, l'intérêt positif, qui représente le dommage résultant de l'inexécution de l'obligation.

Mais comme le contrat n'est pas résilié, le créancier devra fournir sa prestation, et s'il l'a déjà fournie, il ne pourra pas la répéter. Lorsqu'il se décide à la résiliation, le créancier peut-il demander des dommages-intérêts? Les anciens articles 124 et 125 subordonnaient cette action à la preuve d'une faute imputable au débiteur, et le fardeau de la preuve était imposé au créancier. Le nouvel article 109 met le fardeau de la preuve à la charge du débiteur. Il est tenu aux dommages-intérêts, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Ainsi, le créancier a le droit de résilier le contrat par le seul fait que le débiteur est en demeure. Ce dernier ne peut pas éviter la résiliation en offrant de prouver que la demeure ne lui est pas imputable. En revanche, il sera libéré du paiement des dommages-intérêts, en faisant cette preuve.

Mais les dommages-intérêts que le débiteur en demeure doit payer, lorsque le contrat est résilié, doivent être nettement distingués de ceux qu'il doit payer pour cause d'inexécution.

Le Code des obligations a admis la notion de l'intérêt négatif (negatives Interesse) par opposition à l'intérêt positif (Erfüllungsinteresse).

„Il (le créancier) peut en outre demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (Ersatz

des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens). Art. 109 al. 2.

Lorsqu'un contrat synallagmatique a été conclu et que l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre subit un préjudice résultant de l'inexécution. Si le contrat avait été exécuté, elle aurait réalisé un bénéfice ou évité une perte. A a acheté pour 1000 fr. un objet de B. — B n'exécute pas son obligation de livrer la chose vendue. Or, si cette obligation avait été exécutée, A aurait pu revendre l'objet moyennant 1200 fr. L'inexécution du contrat lui cause un préjudice de 200 fr. C'est l'intérêt positif (Erfüllungsinteresse). Le créancier qui réclame les dommages-intérêts pour l'inexécution, invoque le contrat.

Mais, si le contrat est résilié, le créancier ne peut plus invoquer un contrat qui a été mis à néant. La logique ne lui permet pas de se départir d'un contrat et de demander une indemnité pour inexécution de ce même contrat. Il n'en est pas moins vrai que la partie qui se voit forcée de recourir à la résiliation du contrat, parce que l'autre contractant n'a pas exécuté son obligation, peut subir un préjudice considérable. Ce préjudice provient de ce qu'elle a été trompée dans son attente d'avoir conclu un contrat qui la liait. L'acheteur, par exemple, a cru et devait croire qu'il avait conclu un contrat valable, qui par conséquence obligeait les parties. Dans cette attente il a loué des locaux, il a fait des frais divers pour l'exécution du contrat. Ces frais ont été faits en pure perte, puisque le contrat est résilié. Il est juste que l'autre contractant soit responsable de cette résiliation.

De plus, l'acheteur se croyant tenu, a refusé de conclure un autre contrat qui lui aurait été avantageux. Il a manqué une occasion de réaliser un bénéfice. C'est un *Lucrum cessans* pour lequel il doit obtenir réparation.[62])

---

[62]) Jhering, Culpa in contrahendo. Melliger, Culpa in contrahendo (Zürich 1898).

L'intérêt positif a pour base la validité du contrat. L'intérêt négatif sa nullité, son invalidité.

Celui qui invoque l'intérêt positif se plaint de ce que le contrat n'a pas été exécuté, et demande à être placé dans la situation pécuniaire où il serait, si le contrat avait été exécuté.

Celui qui invoque l'intérêt négatif se plaint de ce qu'un contrat nul ou résoluble a paru avoir été conclu définitivement, et il demande à être placé dans la situation où il serait, si la déclaration de volonté de l'autre partie qui devait lui faire croire à l'existence d'un contrat, n'avait pas été émise.[63])

Le Tribunal Fédéral a fait allusion à l'intérêt négatif, à propos d'un contrat ayant pour objet des choses dont l'aliénation se trouve interdite par l'autorité publique: La responsabilité contractuelle du défendeur n'est pas engagée puisque, dans la mesure où la prestation est impossible, le contrat est nul et qu'il ne déploie aucun effet. Il ne pourrait s'agir que d'une responsabilité extra-contractuelle découlant de la *culpa in contrahendo*, et qui ne s'étendrait qu'à la réparation du dommage, que la conclusion d'un contrat partiellement nul a pu causer au demandeur (negatives Vertragsinteresse).[64])

L'article 39 CO applique le même principe au cas où une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers. Si le tiers refuse la ratification, celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat.

Ce préjudice a pour cause le fait que le tiers avec lequel contractait le *falsus procurator* a cru et a dû croire à l'existence de pouvoirs qui n'existaient pas, et le préjudice est réparé, si le lésé est placé dans la situation dans

---

[63]) Hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äussere Tatsache des Kontraktsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Jhering p. 340.

[64]) Trib. féd. 26 mai 1910. Rec. off. XXXVI. 2. p. 203.

laquelle il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu par lui.[65])

Par exemple, j'ai contracté avec A se disant représentant de B. J'ai cru et devais croire qu'en effet A agissait en vertu des pouvoirs qu'il avait reçus de B. En réalité ces pouvoirs n'existaient pas, et B refuse de ratifier le contrat. J'ai droit à l'intérêt négatif, c'est-à-dire que j'ai droit à être placé dans la situation où je serais, si je n'avais pas cru à l'existence du contrat, et si je n'avais pas contracté. En conséquence, je serai indemnisé de tous les frais du contrat, des dépenses que j'ai faites en prévision de l'exécution de la convention, enfin du préjudice que j'éprouve par le fait que, croyant à l'existence du contrat, j'ai refusé une offre avantageuse. En revanche, je ne pourrai pas demander une indemnité représentant le bénéfice que j'aurais réalisé de l'exécution du contrat.

Mais il faut tenir compte de la règle posée dans le 2me alinéa de l'art. 39:

> „En cas de faute du représentant, le juge peut, si l'équité l'exige, le condamner à des dommages-intérêts plus considérables."

Ces dommages-intérêts plus considérables ne peuvent être que ceux qui résultent de l'inexécution (Erfüllungsinteresse).

La même règle est applicable à la partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l'effet du contrat (voir art. 26 CO).

L'article 122 du Code civil allemand qui prévoit le cas d'une déclaration de volonté nulle, impose à l'auteur de cette déclaration l'obligation de réparer le dommage causé à celui envers lequel cette déclaration a été émise et résultant du fait que ce dernier a cru à la validité de la déclaration. C'est l'intérêt négatif (negatives Interesse). Mais il ajoute que le montant de l'indemnité ne doit pas

---

[65]) Oser, voir note sur l'article 39 CO.

dépasser la mesure de l'intérêt que l'autre partie avait à l'efficacité de la déclaration.[66])

En d'autres termes, si le montant de l'intérêt négatif dépasse celui de l'intérêt positif, l'indemnité ne doit pas être supérieure à l'intérêt positif. Supposons, par exemple, que dans un contrat de vente la déclaration du vendeur soit annulée. L'acheteur pourra invoquer l'intérêt négatif, ainsi il demandera une indemnité, parce que, croyant à l'existence du contrat, il a refusé de conclure un autre contrat de vente qui lui aurait été beaucoup plus avantageux. Toutefois si cette indemnité était plus forte que celle qui représente le bénéfice qu'il aurait réalisé du contrat nul, dans le cas où il aurait été valable, l'acheteur ne pourrait pas réclamer une somme supérieure à cette dernière indemnité.[67])

Cette limitation de l'intérêt négatif est-elle applicable en droit suisse, pour le cas où, dans un contrat synallagmatique une partie étant en demeure, l'autre résilie le contrat? Celle-ci, pourra-t-elle demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, même si le montant de ce dommage dépasse celui du dommage qui résulte de l'inexécution du contrat?[68]) Aucun texte ne peut être invoqué en faveur de cette limitation. Au contraire, l'article 109 accorde au créancier le droit de demander

---

[66]) Art. 122. Ist eine Willenserklärung . . . nichtig . . . so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem . . . den Schaden zu ersetzen, den der andere . . . dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere. . . an der Gültigkeit der Erklärung hat.

[67]) Planck, Tome I p. 172.

[68]) Aus dem Gesagten erhellt auch, dass unter Umständen das negative Vertragsinteresse grösser sein kann als das Erfüllungsinteresse. Namentlich dann z. B., wenn der ungültig abgeschlossene Vertrag durch seine Erfüllung dem Ersatzberechtigten weniger Vermögensvorteile bieten würde als der, bezw. die Verträge, deren Abschluss durch jenen ungültigen Vertrag verhindert wurde. Melliger, p. 27.

la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, sans aucune autre réserve que celle de la preuve imposée au débiteur qu'aucune faute ne lui est imputable.[69])

En résumé, la partie qui n'est pas en demeure, a le choix entre les trois moyens suivants, après l'expiration du délai.

1° Demander l'exécution et conclure aux dommages-intérêts du retard.

2° Réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution.

3° Se départir du contrat et réclamer „l'intérêt négatif". Toutefois le débiteur obtient la libération de cet intérêt négatif, s'il prouve qu'aucune faute ne lui est imputable, mais il ne pourrait pas, même en faisant cette preuve, éviter la résiliation.

Il y a des cas où la fixation d'un délai n'est pas nécessaire. Ils sont énumérés dans l'art. 108. Ce sont d'abord ceux qui étaient mentionnés dans les anciens articles 123 et 125, les Fixgeschäfte et les cas où, par suite de la demeure, l'exécution de l'obligation est devenue sans utilité pour le créancier. Le législateur de 1911 a prévu une troisième éventualité qui est énoncée dans les termes suivants: „Lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet." L'impression de „Verhalten" n'a pas été très heureusement traduite par celle d'„attitude". Le débiteur montre par ses agissements, notamment par son refus d'exécuter, qu'il serait inutile de lui impartir un délai.

Le créancier est donc dispensé de la formalité de la fixation d'un délai au débiteur, lorsqu'elle n'a aucune utilité, lorsqu'elle ne se justifie pas. Il exercera donc son option, dès que le débiteur sera en demeure.

Il se décidera rarement à demander l'exécution, puisqu'il semble qu'elle est impossible. Mais en théorie cette faculté lui est laissée, s'il lui convient de s'en servir.

---

[69]) Il en est autrement dans le cas de l'article 8, retrait d'une promesse publique. Voir Oser, note art. 8 p. 46 et note art. 39 p. 164.

Le plus souvent, il se départira du contrat ou il réclamera les dommages-intérêts pour cause d'inexécution, mais devra le faire immédiatement.

Le Code des obligations révisé, comme celui de 1881, ne prévoit que le cas où, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties est en demeure; il ne dit rien de celui où il est dors et déjà établi que l'une des parties n'a pas exécuté son obligation. L'inexécution définitive se réalise souvent, sans que le débiteur soit en demeure. Nous venons de voir que le Code civil allemand distingue les deux cas. Il semble évident que, dans cette hypothèse, le créancier a la faculté de se départir du contrat ou de demander des dommages-intérêts pour cause d'inexécution.

Le Code des obligations a prévu certains cas particuliers d'inexécution de l'obligation dans un contrat synallagmatique, notamment le cas d'éviction. Lorsque l'acheteur est totalement évincé de la chose vendue, le vendeur n'a pas exécuté l'obligation de garantir à l'acheteur la jouissance paisible de la chose vendue. On peut lui reprocher non pas d'être en demeure, mais bien de ne pas avoir exécuté son obligation.

Or, d'après l'article 195, la vente est réputée résiliée et l'acheteur a le droit de réclamer au vendeur diverses prestations, entre autres les dommages-intérêts résultant directement de l'éviction. De plus, le vendeur est tenu de réparer tout autre préjudice subi par l'acheteur, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Faut-il interpréter cette disposition en ce sens que, le contrat étant résilié, c'est seulement l'intérêt négatif que peut réclamer l'acheteur, conformément à l'article 109? que, par conséquent, il n'a pas le droit de se faire indemniser des suites de l'inexécution et de réclamer le montant actuel de la valeur de la chose vendue, si cette valeur a augmenté? Ce ne serait pas conforme à l'équité ni au texte de l'article 195, qui met à la charge du vendeur tout préjudice subi par l'acheteur, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. La même question se

pose à propos de la garantie en raison des défauts de la chose vendue (art. 208 CO).

Il ne semble donc pas qu'on doive appliquer à l'inexécution d'un contrat synallagmatique, toutes les règles prévues pour la demeure d'une des parties en ce qui concerne les dommages-intérêts. Mais c'est un point sujet à contestation.[70])

V. APPRECIATION DES PRINCIPALES SOLUTIONS ADMISES PAR LE CODE DES OBLIGATIONS.

Il nous reste à examiner la valeur des solutions admises par le Code fédéral des obligations.

1° Le principe de la responsabilité du débiteur est, en droit suisse, exprimé d'une manière assez analogue à celle qu'emploie le Code civil français. Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation, . . . le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.[71])

Le Code civil allemand, au contraire, rattache ce sujet à l'impossibilité d'effectuer la prestation promise. Si cette impossibilité a pour cause une circonstance dont le débiteur est responsable, il doit réparer le dommage qui, pour le créancier, résulte de l'inexécution (voir l'art. 280 CCS).

Au fond, le résultat pratique est à peu près le même dans les trois législations, car, en cas d'inexécution, le droit allemand impose au débiteur le fardeau de la preuve. C'est lui qui doit établir que l'impossibilité de prester est la suite d'une circonstance dont il n'est pas responsable (art. 282). En définitive, il est responsable de l'inexécution, tant qu'il ne fait pas la preuve du cas fortuit.

Toutefois, lorsque l'inexécution a pour cause la mauvaise volonté ou même l'inertie du débiteur, il n'est pas exact de parler d'impossibilité. La prestation est parfaite-

---

[70]) Voir Oser, p. 484, note sur l'art. 195.

[71]) Comparer l'article 97 CO et 1147 Code civil français.

ment possible, il ne tiendrait qu'au débiteur de l'effectuer. Ce qui est impossible, c'est la satisfaction du créancier. Il ne parvient pas à recevoir la prestation à laquelle il a droit.

La formule donnée par la législation suisse au principe de la responsabilité du débiteur est donc meilleure que celle du Code civil allemand.

2⁰ En matière de faute contractuelle, le système du Code des obligations peut être résumé de la manière suivante:

a) Le débiteur est responsable du dommage qu'il a causé à son créancier en n'exécutant pas son obligation.

b) Le débiteur se libère de cette responsabilité en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable, c'est-à-dire en prouvant que l'inexécution a pour cause une circonstance dont il serait injuste de le rendre responsable.

c) En principe, le débiteur répond de toute faute (jedes Verschulden). Cependant sa responsabilité varie suivant la nature particulière de l'affaire. Il y a lieu d'appliquer par analogie les règles relatives à la responsabilité dérivant des fautes délictuelles.

d) En ce qui concerne les clauses tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité, il y a lieu de distinguer les degrés de faute suivants: a) le dol (rechtswidrige Absicht); b) la faute grave (grobe Fahrlässigkeit); c) la faute légère (leichtes Verschulden).

Ces différentes règles ne sont pas entièrement concordantes, car elles impliquent deux principes contradictoires.

En vertu d'un premier principe, la responsabilité du débiteur a pour condition, non seulement l'inexécution de l'obligation, mais encore une faute commise par lui. Il faut donc qu'on puisse lui reprocher une certaine culpabilité, un défaut de volonté (Willensfehler) qui a eu pour conséquence l'inexécution.[72]) Mais d'autre part,

---

[72]) Oser, p. 316 note à l'article 97 et p. 319 note à l'article 99.

le créancier peut obtenir une condamnation contre le débiteur en établissant uniquement l'inexécution de l'obligation et sans lui reprocher une faute quelconque distincte de l'inexécution.[73])

En réalité, la notion de faute contractuelle est purement objective. La faute contractuelle n'est pas autre chose que l'inexécution de l'obligation. Seulement le débiteur peut obtenir sa libération en prouvant que l'inexécution de l'obligation a pour cause une circonstance dont il n'est pas responsable.

Pour apprécier la responsabilité du débiteur, il ne s'agit pas de prononcer sur sa conduite un jugement moral, mais de rechercher si, oui ou non, il a accompli la prestation à laquelle il était obligé.

Ainsi que le dit Mr. Planiol, il s'agit de savoir, non pas dans quelle mesure le débiteur a manqué à son obligation, mais bien dans quelle mesure il se trouvait lié et quelle somme de diligence il était tenu de fournir.[74])

Certains contrats astreignent le débiteur à une très grande diligence. Il en résulte qu'il est responsable toutes les fois qu'il n'est pas très diligent, parce qu'il n'exécute pas son obligation.

Celui qui a conclu un contrat qui n'est pas destiné à lui procurer un avantage, n'encourt qu'une responsabilité plus restreinte, parce qu'il n'est pas tenu à une diligence rigoureuse.

---

[73]) L'art. 161 al. 2 CO reconnaît au créancier qui a stipulé une peine en vue de l'inexécution du contrat, le droit de réclamer une indemnité supérieure, à condition d'établir une faute à la charge du débiteur. — Il n'est pas facile d'expliquer en quoi consiste cette faute qui serait distincte de l'inexécution. Mr. Oser fait l'observation suivante: Es wird wohl bei jeder Nichterfüllung ein Verschulden des Schuldners angenommen werden, insofern aus der Sachlage sich keine Anhaltspunkte für das Gegenteil ergeben. P. 411 note à l'art. 161.

[74]) Tome II p. 294.

Comme l'a dit Jhering, la faute consiste en ce que le débiteur a contracté un engagement au dessus de ses moyens.[75])

L'inexécution de l'obligation est, jusqu'à preuve contraire, la preuve de la faute.

Tel est bien le point de vue adopté par le Tribunal Fédéral dans les deux arrêts suivants:

„Soit qu'ils (les débiteurs) eussent contracté un engagement financier au dessus de leurs forces, soit qu'ils aient négligé de prendre les mesures nécessaires pour le remplir, cette inexécution constitue une faute de leur part et les rend passibles de dommages-intérêts envers leur vendeur" (18 février 1899 Rec. off. XXV. 2. p. 67).

„Le voyageur qui retient des chambres dans un hôtel, ne vient pas les occuper et refuse d'en payer le prix, commet une faute et peut être tenu, en vertu de l'art. 110 CO, de réparer le dommage qu'il a causé en n'exécutant pas son obligation" (27 janvier 1906 Rec. off. XXXII. 2. p. 76).

La faute contractuelle consiste dans l'inexécution de l'obligation et sa gravité se mesure à l'étendue de l'obligation.

L'expression de faute contractuelle devrait, au fond, être supprimée du vocabulaire juridique, parce qu'elle ne répond à aucune notion claire et précise.

En effet, on appelle ainsi, tantôt le fait de ne pas exécuter la prestation à laquelle le débiteur était obligé, tantôt des actes illicites qui, considérés en eux-mêmes et en dehors de tout contrat, engagent la responsabilité de leurs auteurs.

Le boucher qui vend de la viande malsaine en connaissance de cause, commet un délit et non pas une

---

[75]) Niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist. Jeder muss das Mass seiner Kräfte und Leistungsfähigkeit kennen, bevor er kontrahiert, eine Überschätzung derselben ist ein Versehen, unter dessen nachteiligen Folgen er selber, nicht sein Gegner zu leiden hat. . . . Die culpa springt hier auf den Moment des Abschlusses des Kontraktes zurück. (Schuldmoment p. 205.)

simple infraction au contrat passé avec son client. Le négociant qui, s'étant engagé à fournir de la marchandise de première qualité, livre par inattention des produits de qualité inférieure, commet une infraction au contrat, il n'exécute pas l'obligation qui lui incombait. Il n'est pas nécessaire de rechercher s'il a commis une faute.

3° Le Code des obligations libère de sa responsabilité le débiteur qui n'a pas exécuté la prestation à laquelle il était tenu, s'il prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. Il doit donc établir qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour accomplir la prestation et que, s'il n'y a pas réussi, c'est parce qu'il est survenu un événement dont il n'a pas à répondre, c'est-à-dire un cas fortuit.

Il est permis de se demander si, en théorie, cette atténuation de la responsabilité du débiteur est conforme au droit et si l'on ne devrait pas aller jusqu'à faire supporter au débiteur tous les risques, en se fondant sur le raisonnement suivant: Le débiteur est lié par l'obligation. Donc il ne se libère que par l'accomplissement de la prestation qui constitue l'objet de l'obligation et, en cas d'impossibilité, par l'équivalent de la prestation en argent.

Ce serait très rigoureux, mais cependant, ce ne serait pas plus rigoureux que ne le sont, la règle qui met les risques de la chose à la charge de l'acquéreur dès la conclusion du contrat, et celle qui concerne l'obligation ayant pour objet des chosse *in genere*.

Bien que ce point ne soit pas expressément résolu par le Code des obligations, il n'est pas contestable que le débiteur soit tenu, même si son insolvabilité ne lui est pas imputable.

Sur quoi repose cette distinction entre les obligations ayant pour objet des choses *in genere* et les autres? Sur l'adage: *genus numquam perit*. Le débiteur ne peut jamais prétendre qu'il lui soit impossible de se procurer de l'argent, tandis que le vendeur d'un corps certain peut soutenir qu'il lui est impossible d'opérer la délivrance, si ce corps certain a été détruit par cas fortuit.

Mais cette prétendue faculté de se procurer toujours de l'argent, ne repose-t-elle pas sur une fiction terriblement contraire à la réalité?

Le négociant qui se trouve subitement empêché, par la faillite d'un de ses débiteurs, de satisfaire à ses propres engagements, n'est-il pas, en équité, aussi intéressant que le vendeur d'un cheval qui est libéré de son obligation de livrer, par la perte de la chose vendue, et qui n'en touche pas moins le prix de vente?

Sans doute, mais si l'insolvabilité non imputable au débiteur était une cause de libération, il est évident qu'il n'y aurait plus de crédit ni de commerce possible.

La situation n'est pas la même pour les obligations qui ont pour objet un corps certain ou l'accomplissement d'un certain travail. L'application du principe qu'à l'impossible nul n'est tenu, ne présente pas en ce qui les concerne d'inconvénients graves, au point de vue de la sécurité générale, sauf dans certains cas, où la loi impose au débiteur une responsabilité absolue.

4° Le débiteur est tenu de réparer le dommage résultant pour le créancier de l'inexécution de l'obligation. Mais doit-il, dans tous les cas, réparer tout le dommage causé? convient-il plutôt d'imposer au juge l'observation de certaines règles concernant la corrélation entre l'inexécution et le dommage souffert par le créancier? Nous avons indiqué, plus haut, les solutions données à ces deux questions par les législations française, allemande et suisse.

Le droit allemand consacre le principe de la réparation intégrale et laisse de côté toute distinction entre les dommages prévus et imprévus, directs et indirects. Le droit français, au contraire, limite dans tous les cas aux dommages directs le montant de la réparation et, de plus, atténue la responsabilité du débiteur qui n'est pas coupable de dol, en ne mettant à sa charge que les dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. Le droit suisse qui précédemment avait adopté un point de vue assez analogue à celui du droit français,

applique maintenant, aux effets de la faute contractuelle, les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites.

Parmi ces règles, celle qui nous intéresse est énoncée dans l'art. 43: „Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute." Ainsi, contrairement au droit allemand, le débiteur n'est pas toujours tenu à une réparation intégrale du dommage, mais l'étendue de la réparation, c'est-à-dire le montant des dommages-intérêts, est proportionnée à la gravité dé la faute, ou plus exactement à l'importance de l'infraction au contrat. En revanche, contrairement au droit français, le juge apprécie souverainement les circonstances sans avoir à distinguer entre dommages prévus et dommages imprévus, entre dommages directs et dommages indirects.

Sur le premier point, la solution du Code des obligations est très juste. Une infraction légère au contrat peut entraîner un grave dommage. Convient-il d'obliger le débiteur à réparer l'intégralité de ce dommage?

Oui, dit Mommsen, car en ménageant le débiteur vous commettez une injustice au détriment du créancier.[76])

Non, répond Jhering. Personne ne voudrait conclure un contrat, s'il s'exposait à expier un léger oubli par la perte de toute sa fortune.[77])

Dans de semblables éventualités il est conforme à une saine justice de répartir le dommage entre le débiteur et le créancier, car il entre dans les circonstances qui se sont produites une assez large part de hasard, de mauvaise chance, de cas fortuit.

---

[76]) Eine schonende Rücksichtnahme auf den Schuldner würde hier eine Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger sein. (Zur Lehre von dem Interesse p. 71.)

[77]) Schuldmoment p. 215 et suiv. Voir aussi C. Chr. Burckhardt, Zeitschr. f. schweiz. R. N. F. XXII p. 497: Für den Beschädiger ist es noch viel härter, wenn er einen kleinen Fehl vielleicht mit seinem ganzen Vermögen büssen muss.

L'oubli pardonnable du mandataire qui, au lieu d'expédier une lettre à dix heures du matin, ne le fait qu'à midi, n'est pas la seule cause du dommage causé au mandant. Si le retard de quelques heures dans l'arrivée du courrier a des suites désastreuses pour lui, c'est là une circonstance fortuite. Il est juste qu'il supporte une partie des conséquences de cet évènement.[78])

Quant à l'utilité de conserver la distinction entre dommages prévus et dommages imprévus, entre dommages directs et dommages indirects, c'est une question plus délicate. Sans doute, la limitation des dommages-intérêts à ceux qui pouvaient être prévus lors du contrat, ne doit pas se fonder sur une sorte de clause tacite qui interviendrait entre les parties. Cette clause consisterait, suivant les idées de Pothier, en ce que les parties prévoyant la violation du contrat par l'une d'entre elles, ont décidé d'un commun accord que les dommages-intérêts qui, dans une pareille éventualité, seront encourus, ne dépasseront pas une certaine limite. Une pareille clause pénale tacite est une fiction contestable.

Il n'en est pas moins vrai que le principe de la limitation de la responsabilité répond à un instinct de justice, et que, dans la pratique, son application est souvent utile. Ainsi, lorsqu'un voyageur réclame à une Compagnie de chemin de fer une énorme indemnité en invoquant le fait que sa malle qui a été égarée contenait des objets ayant une grande valeur, le manuscrit d'un ouvrage par exemple, les Tribunaux français modèrent l'indemnité en se règlant sur la valeur habituelle des bagages que les voyageurs transportent avec eux.[79])

Mais la grande difficulté consiste à formuler une règle qui permette de rattacher au dommage constaté sa vraie cause.

---

[78]) Il en serait autrement si le mandant avait expressément recommandé au mandataire de ne pas perdre une minute, en attirant son attention sur l'urgence de l'affaire.

[79]) Planiol, II p. 89.

Le débiteur est tenu de réparer le dommage résultant de l'inexécution. Quel est le critère dont on doit se servir avec confiance pour décider si le dommage résulte bien de l'inexécution. Quels sont les caractères essentiels de la corrélation entre un fait et sa cause?

Il faut renoncer à l'espoir de répondre à ces questions d'une manière satisfaisante.

Le créancier se plaint d'avoir subi un préjudice, et il prétend que la cause de ce préjudice n'est autre que la faute de son débiteur, c'est-à-dire l'inexécution de l'obligation. Le préjudice est prouvé, l'inexécution n'est pas contestable. Reste à savoir si le préjudice souffert par le créancier n'a pas une autre cause que l'inexécution.

Les auteurs allemands ont proposé divers systèmes. Le plus acceptable paraît être celui de la „corrélation adéquate" (adaequater Zusammenhang) en vertu duquel, si nous le comprenons bien, la relation d'effet à la cause doit se justifier par une certaine vraisemblance et avoir son fondement dans les conditions ordinaires de la vie. C'est ainsi que l'auteur d'une lésion corporelle ne doit pas être rendu responsable du fait que le médecin qui a soigné le blessé, a introduit dans la famille de ce dernier une maladie contagieuse.[80])

Mais cette théorie extrêmement vague ne paraît pas résoudre toutes les difficultés.

La jurisprudence du Tribunal Fédéral semble, cependant, s'y rattacher plus ou moins, mais les considérants de ses arrêts ne réussissent guère à percer l'obscurité qui règne dans ce domaine.

Il suffit, a-t-il dit, que le fait qui donne lieu à une demande en dommages-intérêts, forme un des anneaux dans la chaîne de la causalité, pourvu que l'expérience permette de la considérer comme une vraie cause.[81])

---

[80]) Oser, p. 182 et suiv.

[81]) Es genügt, dass die Handlung, für welche Schadenersatz verlangt wird, überhaupt ein Glied in der Kausalitätskette bildet,

Récemment, la Cour suprême a fait une tentative plutôt malheureuse pour définir le principe de causalité:

„Le Tribunal Fédéral a posé, à plusieurs reprises, le principe qu'il suffisait, pour admettre le rapport de causalité entre un accident ou tel autre dommage pouvant résulter d'une cause différente et le fait représenté comme générateur de ce dommage, que ce fait fût l'un de ceux par l'enchaînement desquels l'accident ou le dommage s'était produit, à condition toutefois bien entendu que ce fait pût être considéré comme se trouvant encore dans une certaine corrélation avec l'accident et non comme ayant simplement dans une relation éloignée provoqué l'occasion dans laquelle le dommage a pu prendre naissance." Rec. off. XXXV. 2. p. 324, 19 juin 1909.

Nous craignons que cette rédaction savante, mais un peu touffue ne contribue pas très efficacement à la solution du problème juridique de la causalité. L'arrêt nous dit qu'il doit y avoir une certaine corrélation et non une relation éloignée entre la faute et le dommage. Ne vaudrait-il pas mieux dire, comme le fait l'article 1151 du Code civil français, que les dommages-intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ou de la faute délictuelle?

A défaut d'une disposition semblable, il ne reste plus qu'à s'en rapporter à la saine appréciation du juge.[82]) La difficulté, dit Dernburg, consiste à fixer une juste limite. Ce résultat est difficilement atteint, au moyen d'un principe abstrait. Dans chaque cas particulier, il faut que les faits soient appréciés d'une manière raisonnable.[83])

---

das nach Erfahrung überhaupt noch als Ursache und nicht etwa bloss als entfernte Veranlassung betrachtet werden kann. Rec. off. XXI p. 806, 12 juillet 1895. Voir aussi Rec. off. XXXII. 2. p. 303, 19 mai 1906.

[82]) Das gesunde Rechtsgefühl des ermessenden Richters. Oser, p. 182.

[83]) Die Schwierigkeit ist nur, die Grenze zu finden. Schwerlich kann dies durch ein abstraktes Prinzip geschehen. Es handelt

5° Nous avons vu que le Code des obligations révisé (art. 107) reconnaît à la partie qui, dans un contrat synallagmatique n'est pas en demeure, le droit de se départir du contrat et de réclamer en outre la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (das negative Interesse). Elle a le droit d'opter entre l'action qui tend à l'exécution du contrat, l'action en dommages-intérêts pour cause d'inexécution et la résiliation.

Si elle se décide à demander des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, elle a droit à une indemnité pour le dommage que lui cause l'inexécution du contrat (Erfüllungsinteresse), tandis que si elle se départ du contrat, elle ne peut prétendre qu'à une indemnité pour le dommage résultant du fait qu'elle a cru à l'existence du contrat (negatives Interesse). Cette règle repose sur l'idée que le créancier ne peut pas, tout en se refusant à fournir la prestation qu'il doit en vertu d'un contrat, s'approprier les avantages qui résulteraient pour lui de l'existence de ce même contrat.[84])

Cet argument serait irréfutable, si la décision prise par le créancier de résilier le contrat était entièrement libre. Renonçant au contrat, parce que cela lui convient, il ne serait plus en droit de prétendre au bénéfice que lui aurait procuré le contrat.

Mais, lorsque le débiteur n'accomplit pas son obligation, le créancier subit la résiliation contre son gré. C'est pour lui un pis-aller. Sans doute, s'il se décidait à réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution, il serait plus complétement indemnisé, mais il devrait de son côté, accomplir la prestation qui lui incombe en vertu du contrat, et ce procédé peut lui être très désavantageux.

Le créancier avait intérêt au maintien du contrat. S'il se décide à résilier, c'est uniquement parce que le

---

sich um eine vernünftige Würdigung der Tatsachen im einzelnen Falle. Dernburg, T. II p. 125 note 7.

[84]) Oser, p. 339. Voir aussi Planck Tome I p. 172.

débiteur ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent. Il nous paraît juste que le débiteur indemnise le créancier du préjudice que lui cause une résiliation qui est imputable au débiteur.

La distinction entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif est juste en théorie, mais son application au cas de la résiliation d'un contrat motivée par l'inexécution de l'obligation, nous paraît contestable.