

Le dommage contractuel : une introduction aux Principes UNIDROIT

par François Dessemontet,

Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg

I. INTRODUCTION

1. C'est une excellente initiative d'étudier en détail le dommage contractuel, une notion qui revient dans presque tous les litiges contractuels, et qui pourtant ne fait guère l'objet de monographies¹.
2. La première raison de cette pauvreté de la doctrine réside sans doute dans la pauvreté de la loi suisse : trois articles – 42 à 44 CO – règlent l'essentiel des questions relatives au dommage contractuel, avec l'article 49 CO pour le tort moral². Encore sont-ils applicables pour les contrats en vertu du renvoi de l'article 99 alinéa 3 CO, créant un trait d'union par dessus la dichotomie des sources.
3. On sait que cette dichotomie va peut-être être réformée dans la révision du droit de la responsabilité civile. Et la première harmonisation que nous pouvons espérer, c'est précisément celle du projet de MM. Wessner et Widmer, qui tentent de réaliser une unification aussi entière que possible entre la responsabilité extra-contractuelle et celle qui peut s'établir entre co-contractants³.

¹ Koziol H., "Schadenersatz für verlorene Chancen", ZBJV, Bd.137 (2001), H.12, S.889-912; Lühinger Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht. Grundlagen und Einzelfragen der Schadenberechnung und Schadenersatzbemessung*, Diss. Recht, Freiburg, 1999; P. Stein, "Der Schaden (Ein juristisches Märchen)", R.S.J. 1995 (91) pp. 153-154.

² Pour le tort moral en relation avec le dommage contractuel : ATF 54 II 481; 87 II 143; 102 II 18; 116 II 250; 123 III 205; RVJ 1996 270.

³ Voir le rapport explicatif de ces deux auteurs, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, N° 1.3.3, p. 50 (la violation positive du contrat serait seule soumise au droit commun de la responsabilité).

4. Le dommage est défini dans l'avant-projet (art. 45, 45 e et 45 f) et sa réparation est déterminée à l'article 52 AP. Le dommage purement économique sera remboursé comme les autres postes du dommage patrimonial. On rattrape ainsi un long retard dans la doctrine sinon dans les faits.
5. Que le droit suisse demeure toutefois en retrait par rapport aux développements internationaux, c'est ce que je vais essayer de montrer, grâce à l'exposé des Principes UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux de 1994 dans la mesure où ils visent la détermination du dommage contractuel.

II. PORTÉE DES PRINCIPES UNIDROIT

6. Il existe un double intérêt à connaître ces principes dans la pratique. D'une part, un contrat commercial international appelle nécessairement l'application de ce texte, sauf si les parties l'ont exclue, ce qui sera exceptionnel. Plus de cinquante décisions judiciaires et sentences arbitrales ont appliqué les Principes depuis 1995, soit environ une par mois.
7. D'autre part, si le contrat en litige n'est pas un contrat commercial, parce qu'il est passé avec un consommateur, ou qu'il n'est pas international, les 13 articles UNIDROIT vont tellement dans les détails qu'ils suggéreront nécessairement des solutions ou des arguments dans un cas particulier soumis au Code des obligations. On sait que la définition du dommage (par opposition à sa quotité) est une question de droit (ATF 127 III 546).

D'ailleurs, dans leur Préambule, les Principes déclarent qu'on peut les utiliser "afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme", comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ou pour "apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable".

III. SOLUTIONS DU DROIT COMMUN

8. A l'intérieur des treize articles des Principes concernant des dommages-intérêts, je ne ferai que mentionner ceux qui consacrent des solutions indiscutables et unanimement reconnues de droit commun européen.

Il en va ainsi des articles :

- 9.
- 7.4.1 : l'inexécution donne droit à des dommages-intérêts; la faute n'est pas requise; cet article vaut par analogie en cas de *culpa in contrahendo* ou de contrat nul pour vice de consentement⁴;
 - 7.4.2 (1) la réparation intégrale est due pour le préjudice subi du fait de l'inexécution. *Damnum emergens* et *lucrum cessans* sont indemnisés intégralement – ce qui n'est pas toujours le cas dans la pratique suisse, surtout pour le bénéfice manqué.
 - l'intégralité suppose qu'on tient compte des variations du préjudice et de son évaluation en argent, jusqu'au moment du jugement⁵. La question est très discutée en droit suisse sous l'angle de l'article 107 CO et de son droit formateur : le créancier est-il contraint de se laisser imputer les améliorations survenues jusqu'au moment du jugement ?
- 10.
- 7.4.1 (2) le préjudice moral peut être réparé dans un contrat commercial international; ce principe correspond au droit suisse, mais l'exigence d'une grave atteinte – maintenue à l'article 45 e APRC – rend l'octroi d'une compensation absolument exceptionnel dans la plupart des contrats soumis au droit suisse. Le Commentaire évoque en particulier le cas des artistes, des sportifs et des consultants d'entreprise. La pratique suisse pourrait s'élargir dans le futur.
- L'article 9-501 (2) (a) des Principes de droit européen des contrats va dans le même sens (une perte non pécuniaire sera indemnisée comme une autre).
- 11.
- 7.4.5 Le préjudice en cas de remplacement suppose la conclusion réelle d'un contrat de remplacement. On ne peut invoquer cette disposition si l'on

⁴ Commentaire officiel des Principes, UNIDROIT : Principles of International Commercial Contracts, Rome, UNIDROIT, 1994, N° 3 ad 7.4.

⁵ Commentaire N° 4.

procède soi-même aux actes qu'aurait dû entreprendre le débiteur défaillant, par ex. une réparation⁶.

12. • 7.4.6 Comme en droit suisse de la vente, le préjudice peut être prouvé dans l'abstrait, par référence à un prix courant (cf. art. 191 al. 3 et 215 al. 2 CO). Cette solution est ici *généralisée*, et vaut par exemple aussi pour les contrats de service ou de licence.
13. • 7.4.7 On peut réduire l'indemnité lorsque le préjudice est partiellement imputable à un acte ou à une omission du créancier, ou à un autre événement dont il a assumé le risque.
14. • 7.4.8 Le créancier a l'obligation d'atténuer le préjudice. Il peut demander au débiteur défaillant le remboursement des dépenses raisonnables entreprises dans ce but (cf. 45 f APRC).
15. • 7.4.9 (2) Pour établir l'intérêt dû en cas de non-paiement d'une somme d'argent, on consacre enfin le taux bancaire de base dans la monnaie du pays du lieu d'exécution, le LIBOR pour les livres anglaises, etc. Le taux d'intérêt légal ne joue ici qu'un rôle subsidiaire⁷ – ce qui a donné lieu à une décision rejetant l'application de ce Principe en Suède⁸. En Suisse aussi, la pratique est restrictive, devant les tribunaux sinon devant les arbitres.
16. • 7.4.10 Les intérêts sur le montant financier de la réparation du préjudice courent dès la survenance du préjudice. C'est une solution différente du droit suisse lorsque la date en question est antérieure à la mise en demeure du débiteur au sens de l'article 102 CO. Le TF est d'ailleurs très restrictif à cet égard⁹.

⁶ Commentaire N° 1.

⁷ Commentaire N° 2.

⁸ Cf. Vienna Awards du 15 juin 1994 [application de l'article 7.4.9. (2)], p. 142.

⁹ ATF 122 III 57.

17. • 7.4.11 L'attribution d'une réparation payable par rente est envisagée lorsque la violation d'un contrat entraîne une perte de soutien, par exemple par mort d'homme, ou lorsque la violation du contrat prive le créancier d'une rémunération périodique. L'indexation peut être prévue.
18. • 7.4.12 Les dommages-intérêts sont évalués dans la monnaie dans laquelle l'obligation a été exprimée ou celle dans laquelle le préjudice est subi. Cet article met fin aux difficultés qu'on connaît sous notre jurisprudence quand on se demande dans quelle monnaie l'indemnité serait finalement utilisée par le créancier, avec des spéculations souvent discutables¹⁰.
19. • 7.4.13 Les clauses pénales sont reconnues comme en droit suisse, avec la possibilité de les réduire (mais non de les augmenter comme en droit français en présence d'une disproportion criante). Mais des clauses exonérant la responsabilité du débiteur à partir d'un certain montant peuvent être privées d'effet dans certaines circonstances, par exemple en cas de délit intentionnel des auxiliaires du débiteur¹¹.
20. • Ayant donné un bref panorama des solutions retenues dans les Principes, je souhaiterais attirer l'attention sur deux règles qui me sont apparues très utiles : celle qui concerne le **dommage probable**, et celle qui concerne le **dommage prévisible**.

IV. LE DOMMAGE SEULEMENT PROBABLE

21. L'article 7.4.3 (2) permet de réparer la perte d'une chance dans la mesure de la probabilité de sa réalisation. C'est une innovation bienvenue dans la pratique. Assurément, l'article 42 alinéa 2 CO pourrait permettre d'atteindre le même résultat.

La doctrine helvétique admet que le juge se fondera sur le cours ordinaire (hypothétique) de la vie pour déterminer ce poste du dommage futur¹².

¹⁰ ATF 117 II 257-259; ATF 109 II 442.

¹¹ Commentaire 5 *ad* Art. 7.1.6

¹² A.K. Schnyder in Basler Kommentar, 2^{ème} éd., 1996, N. 10 *ad* Art. 42 CO (p.355).

22. Ce que les Principes UNIDROIT apportent, c'est toutefois une dérogation au principe que le dommage doit être certain, qu'il faut l'établir avec certitude pour en obtenir la réparation. Par exemple, si le bénéfice espéré par l'acheteur grâce à une revente en cas d'exécution convenable du contrat de vente est de 1 mio, mais que la probabilité d'atteindre ce bénéfice est de 50 % parce qu'une incertitude pèse sur la possibilité pour l'acheteur de conclure un contrat de revente avec un tiers, le juge pourra allouer 500'000.- francs de réparation au créancier en cas d'inexécution totale du vendeur.
23. Il n'est pas besoin d'insister sur l'aspect novateur de cette réglementation. Cependant, on ouvrira le débat tout à l'heure si vous le voulez bien quant aux limites de cette règle. A mon avis, lorsque le degré de probabilité tombe en dessous de 50 %, c'est que le bénéfice espéré est plutôt improbable. Dès lors, aucune indemnité ne sera due par le débiteur en demeure.

En revanche, le côté spéculatif ou peu honorable d'un gain manqué ne devait pas conduire à une réduction de l'indemnité¹³.

V. LE DOMMAGE PRÉVISIBLE

24. Selon l'article 7.4.4, le débiteur est tenu du préjudice seulement s'il l'a prévu, ou s'il aurait pu raisonnablement le prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution.
25. Cette disposition est conforme à l'article 74 de la Convention de Vienne et à la section 2-715 U.C.C. (exigeant du débiteur qu'il ait des "raisons de connaître" le dommage, c'est-à-dire qu'il soit conscient de sa probabilité¹⁴).
26. L'article 7.4.4 est cependant plus large que les textes antérieurs, puisqu'ils visaient le dommage additionnel, par exemple au sens de l'article 208 alinéa 3 CO, tandis que les Principes UNIDROIT appliquent le test de la prévisibilité à l'entier du préjudice qu'il convient peut-être de réparer.

¹³ ATF 111 II 302-303 (perte de gain d'une prostituée).

¹⁴ A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the U.N Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, Boston, 1989, p. 479.

27. Cette exigence est d'autant plus contraire au droit suisse que la prévisibilité requise porte seulement sur la nature ou le type de préjudice subi, mais non sur le montant du préjudice (commentaire).
28. On aurait tort de penser que la solution en Suisse sera la même si on se place sous l'angle de la causalité adéquate¹⁵.
29. C'est à notre avis une question d'avenir : nos juges vont-ils se rapprocher des Principes UNIDROIT sur ce point ? Peut-être suivront-ils plutôt les principes du droit européen des contrats, Article 9-503, et limiteront-ils ce motif d'exonération aux cas de faute légère et moyenne.

CONCLUSION

30. L'étude des Principes UNIDROIT est éclairante, mais aussi enthousiasmante.
31. Eclairante, parce qu'elle met en lumière des règles que seule la jurisprudence suisse avait consacrées, mais enthousiasmante, car elle donne un aperçu de l'avenir du droit des obligations sur des points controversés, comme le tort moral, le dommage probable et le dommage prévisible.

Lausanne, le 7 mars 2002.

¹⁵ Voir nos remarques in "La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises", in : *Le contrat de vente internationale de marchandises*, CEDIDAC N° 20, Lausanne 1991, p.78 ss. et "La responsabilité du fait des auxiliaires et la garantie des vices cachés", in : *Les ventes internationales*, CEDIDAC N° 36, Lausanne 1998, p. 55.