

Nature de l'action en répétition

Arrêt de la I^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral du 28 mars 2003 dans la cause A. contre époux B. (recours en réforme)

Arrêt de la I^{ère} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois du 3 octobre 2002

Commentaires de

lic. iur. Guillaume Vionnet et Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, les deux Zurich¹

Sommaire

I. Etat de faits

II. Considérants des tribunaux

A. Effets de la défaillance d'une condition suspensive

B. Rapport de liquidation contractuel

III. Commentaires

A. Effets de la défaillance d'une condition suspensive

B. Rapport de liquidation contractuel

1. Base contractuelle
2. Perspective complète
3. Avantages et inconvénient

IV. Conclusion

I. Etat de faits

Par acte authentique du 3 juin 1991, A. a conclu avec les époux B. un «pacte d'emption et promesse d'achat» sur une part de propriété par étages. Jusqu'au terme de la convention, le 30 août 1993, des acomptes ont été versés conformément au contrat; le solde était dû au moment de l'exercice du droit d'emption, dont les époux B. n'ont pas fait usage. Du 6 septembre 1993 au 9 février 1995, les parties ont engagé de nouvelles négociations, sans succès, les époux B. continuant à verser des acomptes.

Le 12 mars 1996, les époux B. notifièrent à A. un commandement de payer pour récupérer la somme de leurs paiements. Le 14 avril 1997, ils élevèrent une prétention correspondante, rejetée le 13 novembre 2000 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine. Le 3 octobre 2002, la I^{ère} Cour d'appel du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg admit partiellement la demande quant aux acomptes versés avant le 30 août 1993². Par un arrêt du 28 mars 2003³, le Tribunal fédéral réforma la décision de la Cour cantonale en rejetant l'action en paiement des époux B.

II. Considérants des tribunaux

A. Effets de la défaillance d'une condition suspensive

Pour le Tribunal fédéral⁴ comme pour la Cour cantonale fribourgeoise⁵, la défaillance d'une condition suspensive justifie la restitution des prestations déjà effectuées. Les deux Cours semblent toutefois diverger quant aux conséquences exactes intervenant au moment de la défaillance de la condition.

Par un renvoi au texte de l'art. 151 al. 2 CO, le Tribunal fédéral considère que le contrat ne produit aucun effet avant le terme de la condition. Si celle-ci vient à manquer, l'ensemble du contrat est définitivement privé de toute relevance juridique, tant en ce qui concerne le rapport contractuel que les obligations qui en découlent:

«Selon l'art. 151 al. 2 CO, le contrat soumis à une condition suspensive ne produit d'effet qu'à compter du moment où la condition s'accomplit ...»⁶; «... un contrat qui n'est jamais venu à chef ...»⁷; «... les acomptes ont été versés à titre d'exécution anticipée d'une obligation qui n'a jamais vu le jour ...»⁸

A l'inverse, la Cour cantonale fribourgeoise reconnaît des effets au contrat assorti d'une condition suspensive. Citant une jurisprudence du Tribunal fédéral,

«Vu que la condition ne s'était pas accomplie durant la période convenue, les contrats de vente ont cessé de plein droit de produire leurs effets. Ils sont devenus caducs (art. 153 al. 2 CO)...»⁹

elle considère que la défaillance de la condition entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat et des effets qu'il a pu produire dans l'intervalle:

«... le pacte et la promesse n'ont plus produit d'effets; autrement dit, ils sont devenus définitivement inefficaces et le droit d'expectative des demandeurs sur l'immeuble est ainsi devenu caduc ...»¹⁰; «Les acomptes payés [...] l'ont été en exécution d'une obligation fondée sur le rapport contractuel établi par le pacte et la promesse [...]. L'existence d'un contrat exclut l'élément constitutif de l'enrichissement illégitime aussi longtemps et dans la mesure où les prestations découlent d'un contrat ...»¹¹

¹ Guillaume Vionnet est assistant à la Faculté de droit de l'Université de Zurich, Hans Caspar von der Crone professeur ordinaire de droit privé et de droit commercial à l'Université de Zurich. Le présent article est disponible sur internet à l'adresse <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Arrêt de la I^{ère} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois du 3 octobre 2002 (à paraître dans la Revue fribourgeoise de jurisprudence 2003/1).

³ Arrêt de la I^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral du 28 mars 2003 dans la cause A. contre époux B. (ATF 129 III 264).

⁴ ATF 129 III 268, c. 3.2.2.

⁵ Décision cantonale, c. 2 *in fine*.

⁶ ATF 129 III 268, c. 3.2.2.

⁷ ATF 129 III 269–270, c. 4.1.

⁸ ATF 129 III 270, c. 4.1.

⁹ ATF 95 II 528, c. 3 et 532, c. 6.

¹⁰ Décision cantonale, c. 2 *in fine*.

¹¹ Décision cantonale, c. 4a.

B. Rapport de liquidation contractuel

Quant à la nature de l'action en répétition de prestations, la Cour cantonale fribourgeoise parvient à la conclusion qu'il doit s'agir d'un rapport contractuel, soumis à la prescription décennale de l'art. 127 CO¹².

Elle se fonde en cela sur la jurisprudence fédérale relative à l'art. 109 CO¹³, selon laquelle le retrait du créancier ne conduit pas à la dissolution du rapport contractuel. La Cour ajoute

«...qu'elle ne voit aucun motif d'adopter une solution différente dans le cas du contrat conditionnel, alors que la tendance est à une restriction générale du champ d'application du droit de l'enrichissement illégitime (ATF 126 III 122 c. 3c) ...»¹⁴

De même, elle tire le parallèle avec un autre arrêt fédéral¹⁵, dans lequel l'action d'un employeur en restitution d'acomptes versés sur une part aux bénéficiaires n'ayant pas été atteints, a été reçue sur une base contractuelle.

Le Tribunal fédéral réfute ces arguments:

*«Si la condition vient à défaillir, les prestations déjà effectuées, outre le profit éventuellement réalisé (art. 153 al. 2 CO), doivent être restituées conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime, à savoir l'art. 62 al. 2 CO («cause qui ne s'est pas réalisée», *condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob causam futuram* ...»¹⁶*

Il souligne la distinction entre un contrat résolu et un contrat qui n'est jamais venu à chef.¹⁷ Dans le premier cas, le contrat continue d'exister sous forme de rapport de liquidation contractuel. Le Tribunal étend ses considérations à des motifs d'équité:

«Au demeurant, dans l'arrêt précité (ATF 114 II 152 consid. 2d p. 159), le Tribunal fédéral a souligné que le débiteur en demeure, du fait qu'il répond de la résolution déclarée par le créancier, ne mérite pas d'égards particuliers, tels qu'un délai d'un an qui lui serait favorable. [...] Aussi n'y a-t-il rien de choquant, dans notre situation, à soumettre au délai de prescription relativement bref de l'art. 67 al. 1 CO ...»¹⁸

À l'encontre de la tendance générale à restreindre le champ d'application du droit de l'enrichissement illégitime, le Tribunal fédéral répond que:

«De là à exclure cette source d'obligations par le seul motif qu'un contrat a été formellement conclu, fût-il entaché de

nullité, sujet à invalidation pour vices du consentement ou soumis à une condition suspensive qui ne s'est pas accomplie, il y a un pas que l'on ne saurait franchir, sauf à vouloir construire artificiellement un rapport de liquidation à partir de l'unique circonstance factuelle que représente la conclusion formelle du contrat nul, vicié ou conditionnel.»¹⁹

III. Commentaires

A. Effets de la défaillance d'une condition suspensive

À la lecture du texte français de l'art. 151 al. 2 CO, il se justifie de partager le point de vue du Tribunal fédéral, selon lequel le contrat de vente n'a jamais produit d'effets. Toutefois, deux éléments du cas d'espèce autorisent de mettre en doute cette première acception.

Le contrat conclu le 3 juin 1991 accordait aux époux B. un droit d'emption et les obligeait à verser des acomptes. Ceux-ci n'étaient pas la contre-partie directe du droit formateur²⁰, mais il n'est pas infondé d'y voir le fondement du contrat²¹: une sécurité²² contre une autre.²³ Ainsi, outre une vente conditionnelle, cet accord fondait d'autres droits et obligations tout à fait valides.²⁴ Dans cette mesure, on peut admettre que le contrat a bel et bien produit des effets.

Partant, les conséquences de la défaillance de la condition suspensive sont identiques à celles d'une condition résolutoire avec effet rétroactif²⁵. La cause

¹⁹ ATF 129 III 271, c. 4.1.

²⁰ Comme cela a été retenu en première instance.

²¹ Voir l'ATF 71 II 267, où les conditions de paiement revêtent un caractère essentiel dans la vente d'un immeuble.

²² Pierre-Robert Gilliéron, JT 1977 II 157; ATF 103 III 108, c. 2b, pour qui le droit d'emption, combiné avec une promesse de vente, est une sûreté réelle indirecte.

²³ Il s'agit d'un véritable contrat bilatéral parfait, *Von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR, Band I, 3^{ème} éd., Zurich 1978, § 20, vers n. 38, même si les droits et obligations respectifs se rapportent au futur.

²⁴ Le droit d'emption pouvait valablement être exercé; la créance en paiement des acomptes était exigible. Comparer Gilliéron, JT 1977 II 156, qui voit deux contrats dans le «pacte d'emption et promesse de vente». En l'espèce, la liaison du droit d'emption à la condition pousse à considérer l'ensemble comme un contrat unique (ATF 129 III 267, c. 3.1).

²⁵ Art. 154 al. 2 CO. Comparer SJ 1966 582, c. 3c: «... le contrat ne fait pas dépendre l'exécution des droits et obligations des parties de l'accomplissement préalable de la condition ... Dans ces conditions on doit admettre [...] que la condition stipulée [...] était une condition résolutoire, non une condition suspensive.» Pour la simple exécution

¹² Décision cantonale, c. 4a.

¹³ ATF 114 II 152.

¹⁴ Décision cantonale, c. 4a in fine.

¹⁵ ATF 126 III 119.

¹⁶ ATF 129 III 268, c. 3.2.2.

¹⁷ ATF 129 III 269, c. 4.1.

¹⁸ ATF 129 III 270, c. 4.1.

des acomptes, le contrat de vente, tombe; les prestations doivent être restituées.

B. Rapport de liquidation contractuel

1. Base contractuelle

On comprend dès lors le parallèle fait par la Cour cantonale fribourgeoise avec un contrat résolu²⁶. La théorie de la transformation du contrat («*Umwandlungstheorie*»)²⁷ est relativement jeune²⁸. Jusqu' alors, la jurisprudence fédérale attribuait un effet *ex tunc* à la déclaration de résolution.²⁹ Rien n'empêche ainsi d'appliquer cette innovation bienvenue³⁰ au contrat conditionnel.³¹ Bien plus, cela ressort même de l'équité selon la doctrine contemporaine.³²

Dans un arrêt récent³³, le Tribunal fédéral a lui-même considéré qu'il ne peut être simplement fait abstraction de la conclusion formelle du contrat³⁴, et qu'il se justifierait ainsi d'appliquer un rapport de liquidation contractuel à un contrat invalidé pour erreur.³⁵ Quoique fort critiquable, cette jurisprudence a

le bonheur de parler en faveur de la solution proposée. Contrairement à l'invalidation des art. 23ss CO, les autres formes de dissolution du contrat ne concernent pas la conclusion elle-même.³⁶ Dans ces conditions, il se justifie d'autant plus de tenir compte de la conclusion formelle du contrat et d'appliquer la théorie de la transformation à notre cas.

Les raisons invocables pour différencier l'hypothèse prévue par l'art. 109 CO de la défaillance d'une condition ne convainquent pas. Premièrement, la résolution peut être déclarée par le créancier sans qu'une «faute»³⁷ du débiteur en demeure y corresponde.³⁸ Au surplus, dans l'hypothèse où le débiteur s'est déjà partiellement exécuté, le créancier est à son tour exposé pendant dix ans à une action en répétition. Le débiteur «fautif» est aussi fondé à profiter d'une prescription longue. En second lieu, la compensation de l'intérêt négatif³⁹ ne nécessite pas un contrat valide.⁴⁰ L'art. 26 al. 1 CO en fournit le premier exemple.

Le système de l'art. 109 CO est un bon moyen de répondre à la situation qui nous préoccupe, mais ce n'est pas le seul. Il y a d'autres éléments qui plaident en faveur d'une liquidation contractuelle. En ce qui concerne particulièrement le contrat de vente conditionnel, des voix se sont fait entendre dans la doctrine⁴¹ pour admettre un accord des parties sur l'hypothèse d'une restitution. Les prestations effectuées dans l'incertitude d'un événement futur ne peuvent être comprises que sous réserve de cette circonstance.⁴² Cette stipulation particulière est à son tour

anticipée (art. 81 CO) d'une obligation soumise à une condition suspensive, «*sauf preuve du contraire, l'acte de disposition a été fait sous condition résolutoire, dont le contenu correspond à la condition suspensive qui affecte l'acte générateur d'obligations*». Commentaire Romand CO I – Pascal Pichonnaz, art. 153 CO N 3.

²⁶ Art. 109 CO. Wolfgang Wiegand, recht 1989, 3, pp. 110ss, adopte aussi cette construction pour admettre un rapport de liquidation contractuel. Cette parenté est aussi soulignée pour d'autres raisons, p. ex. Paul Piotet, RDS 107 I (1988), p. 370, vers n. 24.

²⁷ Voir par exemple Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I et II, 8^{ème} éd., Zurich 2003, n° 1570.

²⁸ Elle a été adoptée pour la première fois par l'ATF 114 II 152.

²⁹ Voir déjà ATF 60 II 28.

³⁰ ATF 114 II 157, c. 2caa; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, n° 1572; comparer Wiegand, recht 1989, 3, p. 111.

³¹ Ainsi Piotet, RDS 107 I (1988), pp. 368, 369; SJ 1999 I 347, avec réf. Cela a déjà été proposé pour le contrat invalidé pour erreur, Peter Gauch, recht 1989, 4, p. 126, n. 41; également Commentaire Bernois VI/1/2/1b – Bruno Schmidlin, art. 31 CO N 56.

³² Domenico Acocella, SJZ 99, pp. 494ss; Commentaire Romand CO I – Pichonnaz, art. 154 CO NN 20ss, avec de nombreuses réf. Voir encore Piotet, RDS 107 I (1988), pp. 361, vers n. 6.

³³ ATF 129 III 328, c. 7.1.1.

³⁴ De même à l'ATF 114 II 157, c. 2caa, et SJ 1999 I 116–117. Le pas qu'il veut retenir dans le présent arrêt, ATF 129 III 271, c. 4.1, semble ainsi déjà avoir été franchi. Dans ce sens Morin, SJ 2000 II 176, vers n. 90.

³⁵ Voir les développements du Commentaire Bernois VI/1/2/1b – Schmidlin, art. 31 CO NN 45ss.

³⁶ Voir Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, § 302, vers n. 37; Paul Piotet, BR 1984, pp. 11ss.

³⁷ Voir n. 18.

³⁸ Art. 103 al. 2 CO; Wolfgang Wiegand, recht 1989, 4, p. 128, n. 55.

³⁹ ATF 114 II 157, c. 2caa.

⁴⁰ Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR, Band II, 3^{ème} éd., Zurich 1974, § 73, vers n. 106; Commentaire Romand CO I – Luc Thévenoz, art. 97 CO N 35.

⁴¹ Von Tuhr/Peter, § 52, n. 104 et François Chaudet qui y est cité; Daniel Guggenheim, Le droit suisse des contrats, vol. II, Genève 1995, p. 328; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, n° 4239. Voir aussi plus généralement pour des acomptes Eugen Bucher, RDS 102 II (1983), p. 331; ATF 126 III 121, c. 2b.

⁴² Von Tuhr/Escher, § 86, vers n. 39, concernant spécialement la vente; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 858; SJ 1966 577, 583; Commentaire Romand CO I – Pichonnaz, art. 153 CO N 3, art. 154 CO N 24.

soumise à une condition suspensive, correspondant à la dissolution du contrat principal. Les obligations de restitution sont dès lors soustraites aux règles de l'enrichissement illégitime; la prescription est de dix ans (art. 127 CO).

Le second arrêt⁴³ mentionné par la Cour cantonale souligne son souci de trouver une base contractuelle pour la liquidation.⁴⁴ Dans cet arrêt, le contrat de travail est maintenu, de même que la clause de participation aux bénéfices. Seul la réalisation de la condition⁴⁵ (les bénéfices) fait défaut, ce qui fonde l'obligation de restitution des acomptes. Cette constellation est semblable à celle qui nous occupe, si ce n'est l'indiscutable présence d'une base contractuelle. Dans cette optique, il n'est pas inconcevable de voir dans le pacte d'emption terminé un contrat valide, qui n'a pas été atteint par les effets de la défaillance de la condition.⁴⁶ L'obligation de restitution est alors soumise à la prescription de dix ans.⁴⁷

2. Perspective complète

Tous les développements qui précèdent se heurtent à une dernière objection: il serait singulier⁴⁸ que l'action en restitution des acomptes versés après le 30 août 1993 soit prescrite avant celle correspondant aux acomptes payés jusqu'à cette date. Pour appuyer son point de vue, le Tribunal fédéral fait le jour sur un aspect intéressant de l'affaire: la totalité des versements effectués par les époux B. l'ont été dans un seul et même but, l'achat de l'immeuble en question.

Une perspective nouvelle apparaît: au-delà du «pacte d'emption et promesse de vente», l'ensemble de la relation entretenue par les parties se maintient et se justifie par la volonté commune de conclure un achat-vente. Ce n'est qu'avec l'envoi du commande-

ment de payer, le 12 mars 1996, que les époux B. ont manifesté leur renonciation à acquérir l'appartement. Le Tribunal fédéral en tient compte pour fixer le *dies a quo* de la prescription.⁴⁹ Il apparaît inapproprié d'isoler le contrat formel, sans prêter attention au rapport particulier qui est à la base de l'arrêt critiqué.

Cette préoccupation d'équité, ou à mieux parler d'unité, nous conduit à nous poser la question d'une compréhension plus large de la notion de contrat. En admettant la complète dissolution de l'accord conclu le 3 juin 1991, pouvons-nous tout de même ignorer le rapport étroit des parties⁵⁰ entre cette date et le 12 mars 1996? Nous trouvons-nous vraiment en présence d'un cas ordinaire d'enrichissement illégitime⁵¹? Sans l'exclure⁵², commençons par en douter.⁵³

Cette question n'est pas éloignée de celle qui alimente le débat sur la responsabilité pour la confiance. Celle-ci trouverait sa justification dans l'idée que certains contacts entre deux (ou plusieurs) personnes créent un lien juridique particulier entre elles et leur impose des devoirs l'une envers l'autre.⁵⁴ Même si la «*confiance réciproque engagée par la possibilité de porter atteinte à la personne et aux biens de l'autre partie*»⁵⁵ ne fait pas déjà penser à un contrat⁵⁶, «*cette relation particulière se distingue nettement de la collision fortuite et involontaire de <tiers> en situation délictuelle*».⁵⁷ Il est ainsi question d'un concept généré-

⁴⁹ ATF 129 III 271, c. 4.2.

⁵⁰ «*Unmittelbare Beziehungsnähe*», Heinz Rey, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, pp. 234ss.

⁵¹ Art. 62 CO, en particulier à son al. 2: *causa data causa non secuta*.

⁵² François Chaudet, *Condictio causa data causa non secuta*, Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO, Lausanne 1973, en particulier pp. 200ss, y consacre une thèse.

⁵³ Gilles Petitpierre, Absence de cause et enrichissement illégitime: pour un retour aux sources, in: Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Gossen, Bâle 1992, p. 321; Bucher, RDS 102 II (1983), p. 338. A propos de l'art. 109 CO, Rolf H. Weber, ZBJV 127, 1991, p. 639, qui examine le but de l'enrichissement illégitime.

⁵⁴ ATF 121 III 354, c. 6c.

⁵⁵ Wiegand, recht 1997, 3, pp. 87, 88, citant lui-même Heinrich Stoll.

⁵⁶ Hans Caspar von der Crone/Maria Walter, RSDA 2/2001, pp. 57–59, relativisent la frontière entre contrat et responsabilité pour la confiance.

⁵⁷ Commentaire Bernois VI/1/1 – Ernst A. Kramer, Allg. Einl. CO N 141.

Egalement Spiro, § 302, vers n. 33, qui y applique malgré tout les règles de l'enrichissement illégitime.

⁴³ ATF 126 III 119.

⁴⁴ ATF 102 II 338, c. 5c, avec réf.

⁴⁵ Tout comme pour les acomptes antérieurs à la condition, il s'agirait plutôt d'une condition de droit («*Rechtsbedingung*», Von Tuhr/Escher, § 84, vers n. 39): la cause juridique matérielle n'est pas encore réalisée. Cela n'empêche pas l'obligation de déployer un plein effet dans l'intervalle, puisqu'elle est prévue par le contrat (cause juridique formelle).

⁴⁶ Cf. n. 23.

⁴⁷ Comparer les obligations de restitution naissant avec la fin du contrat: art. 267, 309–311, 318, 339a, 400, 418v, 475 CO.

⁴⁸ ATF 129 III 271, c. 4.1.

ral⁵⁸, le rapport légal uniforme de protection («*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*»)⁵⁹. Cette théorie allemande⁶⁰ considère l'ensemble de la relation contractuelle (depuis la période précédant la conclusion jusqu'à la liquidation d'un contrat qui a pris fin) comme un tout uniforme⁶¹, d'où naissent diverses obligations réciproques de protection.⁶² Son origine et sa fonction propres le rendent indépendant de l'existence des obligations principales⁶³.

Le parallèle avec le rapport légal uniforme de protection s'interrompt très vite, comme nous le verrons, mais il est essentiel. Il montre les limites de la fiction de dissolution d'un contrat et nous conforte dans notre perspective d'unité fonctionnelle des échanges entre cocontractants. Pour le reste, la relation qui nous préoccupe est d'une toute autre nature. Reconsidérons les faits: nous voyons que A. et les époux B. se sont toujours entendus sur la cause des versements litigieux, quel que soit le stade de leurs rapports. Il n'en faut pas davantage pour former un contrat.⁶⁴

Plus généralement, leur relation est née d'un échange de volonté et de confiance devant aboutir à la vente de l'immeuble. La situation est analogue à celle d'un *contrat* de pourparlers.⁶⁵ Elle va aussi au-delà: elle survit à l'échec d'une première entente, dont une des garanties⁶⁶ est par ailleurs maintenue. Dans ces conditions, il est difficile de ne pas distinguer un accord valide de volontés réciproques et concordantes, certes tacite (art. 1 al. 2 CO), en tout les cas plus large que la conclusion formelle du contrat de vente disparu.⁶⁷ Les efforts constants des parties pour parvenir à leur fin démontrent une volonté commune, homogène, au-delà des divers «actes» de la «pièce» qu'elles ont jouée.⁶⁸ L'unité du rapport se manifeste dans son évolution: les différents contacts⁶⁹ sont tous l'expression de la même motivation.⁷⁰

Ainsi, d'un côté les rapports particuliers des parties, qui forment un tout cohérent, de l'autre le caractère volontaire de ce rapport, nous conduisent à le qualifier de contrat.⁷¹ Contrat innommé⁷², mais

⁵⁸ ATF 120 II 336, c. Sa.

⁵⁹ *Ariane Morin*, La responsabilité fondée sur la confiance, Etude critique des fondements d'une innovation controversée, Bâle 2002, pp. 22ss. *Wolfgang Wiegand*, recht 1997, 3, p. 86, n. 14, préfère la notion de «*einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis*» à celle de «*Schutzverhältnis*».

⁶⁰ Commentaire Bernois VI/1/1 – *Kramer*, Allg. Einl. CO NN 142ss. Elle ne semble pas encore avoir été tout à fait reçue en Suisse romande, *Ariane Morin*, SJ 2000 II 162, n. 5, ce qui a pu influencer sur l'issue du cas étudié. *Ingeborg Schwenzer*, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Tübingen 1999, pp. 69–70, regrette toutefois une «*réception irréflectée de la responsabilité pour la confiance*», en considération de la grande influence de la littérature germanophone en Suisse (p. 80). Mentionnant l'influence progressive de la doctrine allemande, *Engel*, p. 749.

⁶¹ SJ 1999 I 117: «... sont soumises au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport spécial de confiance et de fidélité, qu'elles surviennent avant la passation du contrat, sous l'empire de la convention, ou après son extinction.»

⁶² SJ 1999 I 117; SJ 1999 I 207, avec réf.

⁶³ *Wiegand*, recht 1997, 3, p. 92, et p. 89, vers n. 39: le «*soubassement*» maintenu du contrat qui a disparu. *Karl Lorenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allg. Teil, 14^{ème} éd., Munich 1987, § 9 I, pp. 118–119, à propos du rapport de pourparlers; *Morin*, SJ 2000 II 175, n. 88, avec réf.; SJ 1999 I 207: «[ce rapport] sort du nexus contractuel.»

⁶⁴ Cf. vers n. 41. *Chaudet*, pp. 212–213, y voit un contrat de dépôt. Nous ne partageons pas cet avis. Les acomptes ont été versés en exécution anticipée d'une créance future: le bénéficiaire en dispose de ce chef librement (contraire-

ment au dépositaire, *Pierre Tercier*, Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd., Zurich 1995, n° 4813; art. 474 CO). La seule obligation qui rappelle le dépôt est celle de restitution, mais elle ne constitue certainement pas l'élément essentiel du contrat (*Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000, p. 600). La situation se rapprocherait plutôt de la *fiducia cum creditore*: le fiduciaire promet la restitution en cas d'extinction (pas seulement d'exécution) de la dette, *Rolf Watter*, RDS 114 II (1995), p. 202. A notre sens, un contrat innommé, à savoir un accord implicite sur l'éventualité de la restitution, est la qualification la plus appropriée.

⁶⁵ Commentaire Zurichois V. 1a – *Peter Jäggi*, art. 1 CO NN 567–568; *Morin*, SJ 2000 II 174, n. 83, avec réf. *Von der Crone/Walter*, RSDA 2/2001, p. 59: «*Die vertragliche Bindung ist eine qualifizierte Form der Vertrauenshaftung*».

⁶⁶ En soi déjà un contrat bilatéral; cf. n. 23, relative au contrat de «sûretés».

⁶⁷ Cf. n. 34.

⁶⁸ Une véritable société selon le Commentaire Zurichois V. 1a – *Jäggi*, art. 1 CO N 569.

⁶⁹ La conclusion d'un pacte d'emption, un contrat de vente conditionnel, les pourparlers en vue d'un nouveau contrat.

⁷⁰ *Wiegand*, recht 1997, 3, p. 92.

⁷¹ *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 752, pense que les art. 97ss CO s'appliquent non seulement au contrat, mais à tout rapport personnalisé entre sujets de droit: «*Point n'est besoin d'emprunter le détour d'un contrat*». De même *Jean Anex*, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977, pp. 29–31, qui se réfère à *Walter Yung*.

⁷² Voir *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2^{ème} éd., Zurich 1988, pp. 98–99. Le Tribunal fédéral s'est déjà préoccupé du «*rapport légal d'obliga-*

contrat. Le rapport d'obligation est un processus évoluant dans le temps⁷³; ce n'est pas seulement une somme de divers effets de droit, mais un «*komplexes Sinngebilde, ein sinnhaftes Gefüge*». ⁷⁴ La complexité de certains échanges ne doit pas être un obstacle à leur rationalisation.⁷⁵

Quant au contenu de ce contrat, il dépendra bien évidemment des obligations principales.⁷⁶ Ce qui nous importe, c'est le sort des acomptes sur le prix de vente de l'immeuble. L'obligation de restitution est comprise comme un devoir secondaire de prestation⁷⁷. Elle a sa source soit dans un accord tacite des parties⁷⁸, soit dans la loi⁷⁹, en vertu de la bonne foi contractuelle (art. 2 CC)⁸⁰. L'échec de l'accord principal entraîne une transformation du rapport selon un mécanisme proche de celui de l'art. 109 CO.⁸¹ Le but n'est alors plus la conclusion du contrat de vente,

mais la liquidation de la relation («*Abwicklungsverhältnis*»).⁸² Le rapport contractuel ne prend fin qu'une fois le nouvel intérêt des parties satisfait.⁸³ Comme toute prétention née du contrat⁸⁴, l'action en répétition est soumise à la prescription de l'art. 127 CO.⁸⁵

3. Avantages et inconvénient

Le premier avantage⁸⁶ de cette conception est le délai décennal pour les prétentions en restitution.⁸⁷ Pour apaiser le scrupule⁸⁸ à laisser durer encore dix ans ce rapport depuis son «échec», il suffit de faire partir la prescription de la créance en restitution au moment de l'exigibilité des créances principales correspondantes.⁸⁹ Ensuite, elle permet un traitement uniforme de toutes les prétentions ayant un fondement matériel commun, le contrat «dissout».⁹⁰ Elle répond souvent à un souci pratique⁹¹, la restitution

tion sans prestation primaire [...] résultant de la relation particulière entourant le contrat», toutefois toujours sous l'angle de la responsabilité pour la confiance, SJ 1999 I 207. Voir encore ATF 120 II 336, c. 4.

⁷³ Hans Merz, ZBJV 126, 1990, p. 261.

⁷⁴ Larenz, § 2 V, p. 27.

⁷⁵ A propos d'un contrat complexe, ATF 94 II 362: «*La convention [...] s'inscrit dans les relations qui existaient depuis plusieurs années entre V. et P. [...] Ces liens de dépendance sont tels qu'il se justifie de soumettre l'ensemble des contrats à un seul et même droit*»; JT 1981 I 372: «*une unité juridique et économique indissociable, au point de constituer un contrat unique mais complexe*».

⁷⁶ Comparer Wiegand, recht 1997, 3, p. 90: «*Der Ausgangspunkt bildet immer das angestrebte Vertragsverhältnis*».

⁷⁷ Commentaire Bernois VI/1/1 – Kramer, Allg. Einl. CO N 90.

⁷⁸ Voir les n. 41 et 64. Comparer l'obligation de restitution d'un gage mobilier, art. 889 CC, Von Tuhr/Peter, § 18, n. 2.

⁷⁹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, n° 1575, lit. a, avec réf.; Gauch, recht 1989, 4, p. 125, vers n. 24; Weber, ZBJV 127, 1991, p. 642, vers n. 27, avec réf.; Hans Merz, Schweizerisches Privatrecht VI/1, Bâle 1984, § 4, p. 51; Daniel Glasl, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 39, Zurich 1991, pp. 93ss.

⁸⁰ Morin, pp. 159–160. Commentaire Bernois VI/1/1 – Kramer, Allg. Einl. CO N 94: «*Die Möglichkeit eines Erfüllungsanspruchs kann schliesslich auch objektiv aus einer die Gebote von Treu und Glauben berücksichtigenden Interessenanalyse (Art. 2 ZGB) abgeleitet werden*». Voir pour le droit anglo-saxon, sur la base de la *reliance*, E. Allan Farnsworth, Contracts, Boston Toronto 1982, pp. 190–192.

⁸¹ Voir Hans G. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975, p. 160, vers n. 35; Gauch, recht 1989, 4, p. 125; Glasl, p. 97: c'est parce que le contrat est transformé que les prétentions en restitution sont de nature contractuelle.

⁸² Lorsque la volonté de deux personnes les entraîne dans un rapport complexe en vue d'un objectif commun, il serait insatisfaisant, en cas d'échec, de les séparer sans avoir préalablement liquidé ce rapport, qui n'a plus de raison d'être. La liquidation du régime matrimonial après le divorce et celle d'une société après sa dissolution en sont les premiers témoins. Weber, ZBJV 127, 1991, p. 639; Morin, pp. 159–160, rappellent la nécessité de rétablir la liberté de disposition des parties suite à l'échec du contrat.

⁸³ Merz, Privatrecht, § 4, p. 48, explique: «*Die Rechtfertigung dieser Einheit im Wandel [dieses Abwicklungsverhältnisses] beruht auf dem Ziel jeden Schuldverhältnisses, auf der vollständigen Befriedigung des rechtlich geschützten Leistungsinteresses des Gläubigers*».

⁸⁴ Leser, p. 160, vers n. 37, où il est question de la «*konstante Rahmenbeziehung*», supportant les diverses prétentions des parties.

⁸⁵ Bucher, Obligationenrecht, p. 423.

⁸⁶ Voir en général Commentaire Bernois VI/1/2/1b – Schmidlin, art. 31 CO NN 57ss.

⁸⁷ Sans parler des autres caractéristiques propres aux art. 97ss CO (présomption de faute, responsabilité pour les auxiliaires, ...).

⁸⁸ Comparer Spiro, § 298, vers n. 18; Larenz, § 9 I, pp. 116–117, à propos de la *culpa in contrahendo*.

⁸⁹ Commentaire Romand CO I – Thévenoz, art. 109 CO N 21, avec réf. Voir toutefois Bucher, Obligationenrecht, p. 702: «*... der Grundsatz restriktiver Anwendung verjährungsverkürzender Sonderregeln verdient ganz allgemein Anerkennung*».

⁹⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, n° 1572; Weber, ZBJV 127, 1991, pp. 640–641, 642; ATF 110 II 248, c. 2c; ATF 114 II 157, c. 2caa. Comparer à propos du rapport légal uniforme de protection SJ 1999 I 117.

⁹¹ SJZ 99, p. 281; ATF 129 III 328–329, c. 7.1.2 et 7.1.3.

des prestations n'étant pas toujours possible en nature, ou parce que le bénéficiaire n'est plus enrichi⁹².

L'inconvénient de la perspective adoptée réside dans sa généralisation potentielle à tout rapport social.⁹³ Autrement dit, l'interprétation extensive de la volonté des parties peut conduire à une insécurité juridique préjudiciable aux contacts entre les personnes⁹⁴, voire même à une restriction de l'autonomie de la volonté.⁹⁵ L'apparence efficace, comme substitut à l'acte juridique volontaire, est l'instrument d'une justice pratique: elle trahit ainsi les limites de la méthode juridique.⁹⁶ En outre, on sait que l'appréhension contractuelle de la *datio ob rem*⁹⁷, bien que légitime⁹⁸, s'accorde mal à la lettre de l'art. 62 al. 2 CO.⁹⁹ Il importe de conserver une ligne stricte afin de garantir la cohérence de la notion de contrat!¹⁰⁰

IV. Conclusion

Les différents développements qui précèdent ont tous en commun qu'ils s'efforcent de répondre à un

souci d'équité pratique. Il est déraisonnable d'exiger une liquidation extracontractuelle d'un rapport qui s'est étendu sur plusieurs années, dans lequel les parties sont entrées en contact privilégié et ont échangé une confiance réciproque. Il est trop formaliste de s'arrêter à la simple existence ou inexistence d'un contrat formel. Pour y remédier, il suffit d'accorder sa pleine valeur à la volonté des parties. A part l'accord de volontés sur une obligation, le contrat peut recouvrir tout un complexe d'échanges, une constellation formée *autour* du contrat principal et dans ce but précis, dont les parties sont conscientes et qui nécessite d'être appréhendé en tant que tel par le droit des contrats. Souvenons-nous¹⁰¹: «*Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden.*»

⁹² Comparer le texte des art. 109 al. 1 et 119 al. 2 CO, qui mentionnent «*ce qui a été reçu*».

⁹³ Voir Engel, pp. 185–186; Merz, Privatrecht, § 3, p. 35.

⁹⁴ Commentaire Romand CO I – Thévenoz, Intro. art. 97–109 CO N 6.

⁹⁵ Franz Bydlinski, BJM 1982, pp. 14–15, met en garde contre la figure «monstrueuse» du «*beidseitig unbewusster Vertragsschluss*», une pure construction prétorienne «*durch angebliche schlüssige Willenserklärungen*», qui n'a plus de lien avec l'autonomie contractuelle. Cette construction peut viser les objectifs les plus louables; elle n'en demeure pas moins artificielle. Il ne faut pas perdre de vue qu'en droit suisse, le principe de la confiance ne peut et ne doit s'appliquer qu'à une seule des parties, Hans Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2^{ème} éd., Fribourg 1992, n° 166, n. 13.

⁹⁶ Pierre Engel, SJ 1989 89–90; Peter Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Tübingen 1994, en particulier pp. 17, 164.

⁹⁷ Cf. n. 64.

⁹⁸ Suivant la tendance à éviter l'enrichissement illégitime, ATF 126 III 122, c. 3c.

⁹⁹ Chaudet, pp. 202, 213, dénonce «*une tache dans le plan systématique de notre code, en rangeant parmi les obligations qui découlent de l'enrichissement illégitime, des obligations qui naissent en réalité d'un contrat.*»

¹⁰⁰ Il ne faut pas oublier que le contrat, c'est-à-dire l'autonomie privée, est l'élément central du droit privé, Von Tuhr/Peter, § 20, vers n. 24; Bydlinski, BJM 1982, p. 21, n. 35, avec réf.; Merz, Vertrag, n° 82. Forcer les limites du contrat revient à nier son essence, Engel, p. 221.

¹⁰¹ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, III, Berlin 1840, p. 309.