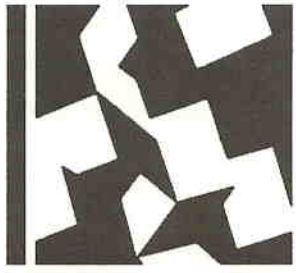
CEDIDAC

Juin 1996

Impressum

Sébastien Bettschart

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne
021 / 692 28 50 (tél.)
021 / 692 28 55 (fax)
sebastien.bettschart@
droit.unil.ch



Bulletin d'information n° 26

Juin 1996

L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS ET L'EXPÉRIENCE EUROPÉENNE

QUELLES CONSÉQUENCES EN TIRER POUR LA SUISSE ?

par Edmond Loward, Secrétaire général, USSI, Brugg

1. Introduction

L'ouverture des marchés publics s'inscrit dans le cadre de l'évolution du contexte économique mondial qui débuta dès la fin de la 2e Guerre mondiale. La libéralisation du commerce mondial était le but de l'accord du GATT en 1947. Depuis les années soixante, l'ouverture[1] des marchés publics a été considérée comme un facteur d'intégration à l'intérieur d'une zone économique, ce pourquoi elle est mentionnée dans les accords internationaux concernant une zone économique (voir p. ex. accord AELE, art. 14, signé en 1960). En 1971, la Commission des Communautés Européennes introduisait pour la même raison la première directive relative à la passation des marchés publics de travaux.

La continuation de la logique du GATT conduisit en 1979 à la conclusion du «Tokyo Round», lequel comportait un accord plurilatéral[2] sur l'ouverture réciproque des marchés publics de fournitures. La Communauté Européenne avait déjà décrété cette ouverture par une directive correspondante en 1977. Pour la Suisse qui avait signé l'accord plurilatéral du GATT, il s'agissait là de la première convention contraignante à ce sujet (le traité de l'AELE ne comportait que des recommandations).

En fait, les marchés publics en Suisse étaient jusqu'en 1995 relativement fermés. En dehors du domaine couvert par l'accord du GATT, et plus récemment des obligations résultant de la directive de l'Office Fédéral des Transports concernant les projets NLFA, il n'y avait pas d'obligation pour la Confédération d'ouverture internationale de ses marchés, même si celle-ci souvent se montrait volontairement ouverte. Les volumes importés dans ce cadre sont cependant toujours restés extrêmement faibles. Quant aux cantons, leurs législations imposaient souvent aux fournisseurs une domiciliation locale, sauf dans le cadre d'accords bilatéraux de libéralisation tels qu'ils furent signés dans les dernières années.

La nouvelle législation suisse en vigueur au 1.1.96[3] modifie

les habitudes, introduit des nouvelles contraintes, suscite des craintes et des appréhensions; à la limite, elle conduit à des illusions.

La Communauté Européenne (depuis 1992, l'Union Européenne) a développé dès 1971 un système cohérent de directives sur la passation des marchés publics, lequel est complet depuis 1992; il couvre l'ensemble des marchés de fournitures, travaux ou services, passés soit par l'administration, soit par des entreprises publiques ou privées au bénéfice d'une concession ou d'un monopole pour une activité de service public. Ce système cohérent servit de modèle à l'accord plurilatéral du GATT de 1994.

Les expériences faites dans les pays de l'Union Européenne, dans le cadre de la transposition nationale et de l'application des directives européennes sur les marchés publics, sont, du fait de la similitude du contenu de ces directives avec l'accord du GATT en vigueur en Suisse, directement transposables dans notre pays.

2. Obligations résultant des directives européennes et de l'accord GATT

Ces obligations d'ouverture sont réglées dans le cadre de la législation par un certain nombre de formes à respecter par les pouvoirs adjudicateurs; celles-ci sont complétées par des possibilités de recours offertes aux soumissionnaires qui s'estimeraient lésés; ces obligations sont très semblables dans les directives européennes et dans l'accord plurilatéral du GATT. De plus, elles ne concernent que les contrats d'une valeur estimée supérieure aux valeurs-seuils fixées par les accords. L'ouverture internationale des marchés n'est donc pas requise pour les contrats de valeur inférieure. De fait, il existe une relation directe entre l'éloignement des fournisseurs (mais pas des fabricants !) et la valeur des contrats.

3. Les buts poursuivis par l'ouverture des marchés publics

L'ouverture des marchés publics s'inscrit dans un contexte politico-économique en évolution. Les buts poursuivis dans les accords respectifs ont donc évolué avec le temps, tenant aussi compte de ce contexte.

Les premières *directives européennes* de 1971 (travaux) et 1977 (fournitures) avaient pour but la réalisation du Marché Commun, en favorisant l'intégration économique.

En 1986, M. Cecchini publia son fameux rapport sur le coût de la «Non-Europe». Pour les 12 pays d'alors, il estimait le potentiel d'économies lié à l'ouverture des marchés publics à ECU 20 milliards par rapport à un volume global de ECU 300 milliards, c.à.d. env. 7%.

Dès 1989, la Commission s'inquiéta du fait que l'intégration économique de l'Europe et l'ouverture des marchés publics favorisaient par trop les grandes sociétés, et décida de mesures d'accompagnement en faveur des PME.

Le *GATT* s'inquiétait plutôt de la libéralisation du commerce; c'est pourquoi l'accord de 1979 ne concernait que les marchés de fournitures; pour des raisons politiques, seules les administrations dépendant des pouvoirs centraux nationaux (niveau fédéral) y furent soumises.

Par la suite, l'accord de 1994, faisant suite aux négociations de l'«Uruguay Round», consacra l'extension des domaines couverts ainsi que l'extension aux niveaux administratifs inférieurs. La transparence dans les processus commerciaux internationaux devint une priorité supplémentaire, de même que l'introduction de possibilités de recours.

La *Suisse* a en 1980 simplement transposé l'accord GATT de l'époque, lequel n'eut qu'une importance très réduite, du fait de son domaine d'application restreint (seulement fournitures, seulement administration fédérale, c.à.d. un volume d'achats global d'environ Fr. 1,1 milliard, par rapport au volume global des marchés publics de notre pays d'environ 24 milliards).

Dès les années quatre-vingt-dix, dans le cadre de la transposition d'un éventuel accord sur l'EEE, de nouvelles réflexions se firent, en particulier sur le potentiel d'économies réalisables[4]. Les nouvelles lois de 1994/95, tant au niveau fédéral que cantonal, ont donc visé autant ce potentiel d'économies que la revitalisation promise par la suite par les autorités politiques de notre pays.

4. L'expérience européenne : constatations en ce qui concerne la réalisation des objectifs de l'ouverture des marchés publics

Trois domaines sont significatifs, et méritent une analyse; ce sont : le respect des directives, l'ouver-

ture réelle des marchés et la réalisation des économies promises[5].

4.1 Respect des directives européennes

A ce jour, la Commission Européenne a entamé 23 (!) procédures d'infraction concernant la mauvaise ou l'insuffisante transposition des directives dans les différentes législations nationales; presque tous les gouvernements européens sont concernés[6].

Le respect des obligations légales par les pouvoirs adjudicateurs laisse également fort à désirer dans certains pays (Belgique, Irlande, Italie, etc.); le nombre de plaintes et de procédures actuellement en cours en témoigne. Il est cependant difficile de dire si le nombre de plaintes croît plus vite ou moins vite que l'augmentation des domaines concernés et que l'élargissement de la Communauté.

Un exemple du peu de respect peut se lire dans la statistique concernant la publication des appels d'offres de services d'ingénieurs et d'architectes selon la directive «services» 92/50/CEE[7]; le petit nombre d'appels d'offres publiés en Autriche, Belgique et Italie, en comparaison de la Grande Bretagne, malgré la différence de taille (et d'habitudes économiques) de ces pays, est significatif.

Statistique du nombre d'a.o. publiés pour travaux d'ingénieurs et d'architectes

Nbre d' a.o. publiés en :	jan. à déc. 1994	jan. à déc. 1995
Autriche	1	27
Belgique	0	10
Italie	23	72
GB	317	527

La constatation que nous faisons ici est que toute modification des habitudes est très lente, d'autant plus que tout changement peut être source de risque pour le service d'achat concerné en rapport avec de nouveaux fournisseurs inconnus. Mais au moins, le nombre de procédures et les statistiques existantes en témoignent, la *transparence* y a déjà beaucoup gagné !

4.2 Ouverture réelle des marchés

Celle-ci ne peut être véritablement estimée que si l'on peut connaître le nombre de nouveaux fournisseurs pour un client déterminé; malheureusement, il n'existe à ce jour que peu d'information statistique correspondante. Une étude de 1994 menée parmi différentes entreprises publiques et privées de service public soumises à la directive «secteurs exclus» de 1990, laquelle est entrée en vigueur au 1.1.93, fut présentée à la conférence «UNICE 95» sur les marchés publics européens (Dublin, avril 1995). Elle donne quelques informations à ce sujet :

> 54% des entreprises contactées ont vu augmenter le nombre de leurs soumissionnaires, *mais* 22% seulement ont reçu des offres pour une variété plus étendue de produits et services,
>
> 55% des entreprises ont constaté des prix plus bas, et pour 72% des entreprises, des économies ont pu être enregistrées dans le cadre de l'un ou l'autre contrat, *mais* pour 77% des entreprises, ceci fut lié à des coûts internes plus élevés,
>
> 46% des entreprises ont placé plus de 5% de leurs nouveaux contrats avec des nouveaux fournisseurs; 48% n'ont pas eu recours à de nouveaux fournisseurs,
>
> et, à la question de savoir si les nouvelles règles ont finalement apporté un quelconque avantage, 59% des entreprises ont répondu par la négative.

Il faut cependant noter que cette enquête ne portait pas sur des administrations, et que les nouvelles directives étaient d'application récente.

Une autre mesure de l'ouverture des marchés est l'augmentation du trafic transfrontalier (intracommunautaire) relatif aux marchés publics. Les statistiques à ce sujet existent depuis plus longtemps.

D'une ouverture internationale quasi-nulle jusqu'aux années soixante-dix, l'on atteignait déjà en 1986, en moyenne sur les pays de la Communauté d'alors, 1,5% d'importations, mesurés par rapport au volume global des marchés publics (*cf.* Cecchini).

On estime aujourd'hui le pourcentage correspondant de trafic transfrontalier à 3,5 - 4%[8]. Il faut dire ici également que ce chiffre diffère fortement de pays à pays; il est évidemment beaucoup plus

élevé pour les petits pays que pour les grands; même en ce qui concerne les grands pays, ce pourcentage peut différer fortement entre eux, jusqu'à un facteur 10 (Allemagne 4%, France 2%, Grande Bretagne et Italie 0,4% statistiquement enregistrés[9]).

Il faut aussi signaler que ce sont surtout les marchés de fournitures qui sont concernés (6 à 7% de trafic transfrontalier), les marchés de construction ne présentant une ouverture transfrontalière que de 1% en moyenne (*cf.* UNICE 95). Ceci démontre qu'il n'y a que peu d'ouverture en ce qui concerne les marchés de travaux (les grands groupes internationaux ne remettent en général une offre que pour un tout petit nombre de grands projets), et en ce qui concerne les marchés de services, qui supposent une relation de confiance, donc en général une proximité du client et de son prestataire de services. Et en tout cas, de tels projets, même s'ils sont exécutés par des groupes internationaux, sont normalement offerts et coordonnés localement.

4.3 Potentiel d'économies

M. Cecchini estimait en 1986 le potentiel des économies à env. ECU 20 milliards sur un volume global des marchés publics de 300 milliards, soit en moyenne 7%. En 1993, M. A. Spachis estimait ce potentiel à env. 22 milliards, sur un volume global double de 600 milliards, soit en moyenne 3,5%[10]. Cette correction de moitié s'explique pour plusieurs raisons : tout d'abord, une petite partie du potentiel d'économies a été réalisée entretemps, les niveaux de prix se sont rapprochés internationalement et ont baissé, du fait de la concurrence accrue - mais aussi de la conjoncture plus mauvaise des années quatre-vingt-dix; par ailleurs, les hypothèses utilisées par M. Cecchini se sont révélées trop optimistes. Encore une fois, le potentiel d'économies se retrouve principalement dans les *marchés de fournitures*, plutôt que dans les marchés de travaux ou de services, qui sont en général (et resteront souvent) des marchés locaux.

4.4 Autres problèmes

Un problème mentionné souvent concerne l'*augmentation des coûts* pour l'administration, liée aux nouvelles procédures d'appels d'offres et de passation des marchés. Les avis à ce sujet sont cependant partagés. Les entreprises publiques et privées de service public, soumises depuis peu à la directive «secteurs exclus», citent le chiffre de 10 à 20% d'augmentation de leurs coûts d'appels d'offres en période initiale (*cf.* UNICE 95). Par contre les fournisseurs font part sans exception de frais généraux de promotion et d'acquisition de commandes plus élevés que par le passé.

Un autre problème non négligeable dans le cadre de l'ouverture des marchés publics est celui de la *qualité* des clients (pouvoirs adjudicateurs), plus exactement du niveau de qualité des documents d'appels d'offres et des spécifications. L'Union Européenne, dans sa directive «recours» relative aux secteurs exclus (entreprises de service public), prévoit une procédure d'attestation pour les pouvoirs adjudicateurs concernés, en quelque sorte un genre de certification d'assurance qualité. Une compétition accrue n'est en effet possible que si tous les soumissionnaires, et non seulement les «habitués», sont en mesure de remettre des offres complètes et comparables. De cette manière aussi, on pourra éviter des négociations sur les offres remises, qui ne serviraient qu'à combler les lacunes des cahiers des charges.

5. La situation en Suisse; la transposition de ces expériences dans notre pays

5.1 Respect des directives et ouverture des marchés

En ce qui concerne le respect de la nouvelle législation, il n'y a pas de crainte à avoir ! Au contraire, une application extensive et dans les domaines où elle n'est pas nécessaire serait plutôt à craindre. On a pu malheureusement constater que certaines administrations ont déjà tendance à utiliser des procédures déterminées en-deçà des valeurs-seuils fixées, c.à.d. que des coûts inutiles pour l'administration, mais surtout pour les fournisseurs, sont suscités.

5.2 Potentiel d'économies

Il faut distinguer entre les marchés de fournitures (biens) et ceux de travaux et services. L'étude citée du WWZ, Bâle, mentionne un potentiel très élevé (un multiple du pourcentage estimé par M. Cecchini) pour les marchés de fournitures. Sans nous prononcer sur la vraisemblance des chiffres avancés, disons seulement que la réalisation de ces économies, c.à.d. l'alignement du niveau des prix suisses sur le niveau international devient possible du moment de l'ouverture internationale

des marchés et de l'harmonisation des normes suisses aux normes internationales.

Pour les marchés de travaux et de services, le potentiel estimé était beaucoup plus réduit (Fr. 1 - 1,5 milliard sur un volume global d'env. 15 milliards, c.à.d. de 7 à 10%). De fait, depuis cette étude, les prix dans la construction ont, en raison de la crise, baissé de plus de 10% ! Plus intéressante encore est l'étude citée par la NZZ (13 mai 1995) laquelle mentionne des différences de prix de l'ordre de 6% entre cantons «protectionnistes» et cantons plus ouverts à la concurrence intercantonale. Mais, dans chaque canton, à prestations égales, le niveau des prix des marchés publics et des marchés privés est à peu près identique; ceci mène à la conclusion que, dans les cantons «protectionnistes», le niveau de prix légèrement plus élevé serait simplement dû à une situation structurelle différente, «favorisée» par cette situation.

Finalement, qu'il soit encore rappelé ici que les coûts de la construction en Suisse, depuis quelques années et sur base de spécifications semblables, ne sont pas plus élevés que chez nos voisins; en particulier, ils seraient même plus bas que les coûts correspondants en Italie et en Allemagne, ce qui explique le succès de nos entreprises dans le sud de l'Allemagne.

Il faut donc nous attendre non seulement à un nivellement du prix des fournitures jusqu'à atteindre un niveau international, mais aussi à ce que le niveau des prix des marchés de services et de travaux reste à un niveau local qui ne devrait pas subir, du fait de l'ouverture, de grand changement (mais qui restera toujours très sensible à la situation conjoncturelle !).

5.3 Coûts supplémentaires

Les expériences divergentes faites ici ne permettent pas de tirer des conclusions définitives quant à savoir si la nouvelle législation engendrera des coûts plus élevés à long terme pour les pouvoirs publics. A court terme, la modification des habitudes entraînera, principalement pour l'administration, certains coûts qui seront cependant uniques, et peuvent donc être considérés comme un investissement. En général, il faudra s'attendre à une augmentation globale des coûts pour les fournisseurs, de qui l'on exige des prestations accrues lors des soumissions.

6. Conclusions

La tendance est clairement marquée dans le sens que les pouvoirs publics doivent acheter mieux et meilleur marché, en évitant les dangers de l'arbitraire et de la corruption et tout en gardant des structures légères; de même, les pouvoirs publics doivent prendre plus de responsabilités. Dans ce contexte, la *qualité* des procédures d'achat, et en particulier des documents d'appels d'offres, devient le point central du succès de l'ouverture.

Mais il faut aussi constater que l'ouverture des marchés publics est un *processus lent*. Une ouverture réussie des marchés publics impliquera une *formation approfondie*, tant des pouvoirs publics adjudicateurs que des entreprises amenées à soumissionner. Cette formation visera à promouvoir la compréhension de la lettre et de l'esprit des règles, la qualité du travail de préparation et la qualité de l'information. Un tel programme de formation devra en tout cas tenir compte des points de vues des différentes parties intéressées, législateur, pouvoirs adjudicateurs et entreprises soumissionnaires. Les leçons tirées du programme d'instruction 1990/93 de l'Union Européenne, mis sur pied par la société SEMA mandatée à cet effet, mériteraient d'être retenues[11].

1 L'auteur préfère de parler d'*ouverture*, plutôt que de *libéralisation* des marchés publics; en effet cette ouverture est régie entre autres par des accords internationaux qui prévoient des formalités à respecter, et entraînent donc un risque d'accroissement des contraintes (et de la bureaucratie ?).

2 Cet accord, légèrement révisé en 1988, ne liait que quelques pays industrialisés parmi la centaine de membres du GATT, à savoir les pays de la Communauté Européenne d'alors, 5 pays de l'AELE (A, CH, N, S, SF) ainsi que les USA, le Canada, le Japon, Israël, Hong Kong et Singapour.

3 La nouvelle législation comporte principalement l'accord plurilatéral du GATT du 15 avril 1994 d'applicabilité immédiate, la loi fédérale et l'ordonnance fédérale sur les marchés publics, l'accord intercantonal et les directives d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics, ainsi que les lois et décrets cantonaux régissant ce domaine et transposant l'accord intercantonal.

4 Le Centre d'études économiques (WWZ) de l'Université de Bâle chiffre le potentiel d'économies, dans une étude conduite de manière semblable à celle du rapport Cecchini, à environ 9 milliards (sur 24 milliards au total, c.à.d. env. 35%), dont env. 7 milliards sur les marchés de fournitures et env. 1,5 sur les marchés de travaux. Les résultats de cette étude furent cependant quelque peu critiqués.

5 Une étude approfondie est actuellement en cours sous la responsabilité de la Commission Européenne, DG XV, pour déterminer l'impact de la législation communautaire européenne sur la réalisation du Marché Unique, et sur l'ouverture des marchés publics; les résultats de celle-ci ne seront pas disponibles avant le sommet européen de Dublin, au plus tôt en novembre 1996.

6 Il s'agit souvent de problèmes de forme plus que de mauvaise volonté en ce qui concerne l'application du but recherché de l'ouverture des marchés. Par exemple, plusieurs procédures sont engagées contre l'Allemagne, à qui l'on reproche une mauvaise transposition de *toutes* les directives; par contre l'Allemagne est, parmi les grands pays, celui où le commerce transfrontalier (importations) est le plus grand (4% du volume total des marchés publics), c.à.d. celui qui applique de fait au mieux l'*esprit* des directives.

7 Cette étude a été menée par l'association danoise des ingénieurs-conseils FRI en 1995/96.

8 Volume d'importations de 2,5% statistiquement enregistré, plus imprécision (1 - 1,5%) due à l'enregistrement incomplet et à l'importation indirecte, c.à.d. fournitures via importateurs ou filiales; en comparaison, le trafic transfrontalier intra-communautaire du secteur privé atteint aujourd'hui environ 20% du PIB total.

9 Source : Commission Européenne, DG XV, A. Spachis.

10 Ce potentiel d'économies se diviserait en surcoûts dus à des structures de production inefficaces (11 milliards), en un manque de compétition réelle (4 milliards) et en des différences de prix de pays à pays (7 milliards). Des exemples de ces différences de prix se retrouvent (entre le pays européen le plus cher et le pays au niveau de prix le plus bas) entre autres pour les meubles de bureau (Δ25%), les uniformes (Δ50%) ou les produits pharmaceutiques (Δ85%).

11 *Adresse de l'auteur :* Edmond Loward, ing.civ.él. UILv/SIA, Secrétaire général de l'USSI, CP, 5201 Brugg.

N.B. : USSI (Union de sociétés suisses d'ingénieurs, d'architecture et de conseils) est l'association économique et patronale regroupant les grands bureaux d'ingénieurs-conseils.

JURISPRUDENCE

VENTE D'UNE CHOSE DE GENRE ALIUD OU DÉFAUT ?

Cet arrêt, qui modifie en partie la jurisprudence rendue dans l'arrêt "Jaguar", a le mérite de clarifier la situation lors de la vente d'une chose de genre dont une partie prétend qu'elle n'est pas conforme au contrat. Désormais, soit l'objet est du genre convenu et l'on applique les règles sur la garantie des défauts (*peius*), soit il est d'un genre différent et ce sont alors les règles sur l'inexécution qu'il faut suivre (*aliud*). Si l'arrêt précité avait à juste titre appliqué les règles sur l'inexécution à la vente d'une Jaguar d'une année différente de celle spécifiée par les parties, le Tribunal fédéral avait pourtant admis que la règle de l'art. 206 CO aurait pu s'appliquer concouramment, raisonnement qui se trouve réfuté dans le présent arrêt (cons. 4a *in fine*). L'action en garantie des défauts se différencie de l'inexécution pour trois raisons essentielles : l'interpellation et la fixation d'un délai convenable sont inutiles (art. 102 ss CO); l'action minutoire peut être intentée (art. 205 s. CO); les délais de vérification et de prescription sont plus courts (art. 201 et 210 CO). Le Tribunal fédéral modifie dans cette mesure sa jurisprudence antérieure (ATF 107 II 419 [JdT 1982 I 380] c. 1 et les références citées) qui soumettait aux mêmes exigences l'action en inexécution que l'action en garantie des défauts en ce qui concerne la prescription, la vérification et l'avis des défauts (critiquée par GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8e éd., p. 364).

Faits

A. Contrat écrit de vente du 30 octobre 1991 par lequel H. s'engage à livrer à M. un chariot élévateur d'occasion de type TCM dans un délai d'environ deux semaines. Selon les dispositions contractuelles, l'appareil devait être équipé d'une boîte automatique. Livraison le 20 novembre 1991 d'un chariot élévateur du type convenu mais équipé d'une boîte manuelle à la place de la boîte automatique. Refus d'accepter l'appareil par M. et déclaration écrite de résolution du contrat le 21 novembre 1991. Réponse de H. le 26 novembre 1991 qui rejette la résolution et promet une livraison correcte pour le 2 décembre 1991. Refus d'accepter cette livraison quelques jours plus tard par l'avocat de M. Commandement de payer pour le montant du prix de vente envoyé par la suite. Opposition de M.

B. Action ouverte par H. auprès du Tribunal de première instance de Soleure-Lebern en paiement de la somme de Fr. 28'000.- plus intérêt de 8% depuis le 10 décembre 1991 ainsi que les frais du commandement de payer de Fr. 76.-. Rejet de la demande par le Tribunal le 4 novembre 1993. M. était en effet autorisé à déduire du comporte-

ment de H. que celui-ci n'avait plus la volonté d'exécuter le contrat; M. pouvait pour cette raison se départir du contrat sans fixation d'un délai pour s'exécuter au sens des art. 108 ch. 1 et 107 al. 2 CO.

Recours de H. contre ce jugement auprès de Tribunal cantonal de Soleure qui déduit des preuves que le contrat n'a pas été annulé d'un commun accord et que H. a toujours proposé une exécution régulière de ses obligations. Retenant cet état des faits, le Tribunal cantonal annule le jugement et condamne M. à payer à H. le montant réclamé.

C. M. recourt en réforme au Tribunal fédéral contre le jugement du Tribunal cantonal.

Le recours est rejeté dans la mesure où il était recevable.

Droit

3. Le défendeur prétend que le Tribunal cantonal a violé le droit fédéral en qualifiant de vente d'une chose de genre le contrat conclu entre les parties.

a) La vente d'une chose de genre se différencie de la vente d'un corps certain en ceci que le vendeur n'est pas tenu de vendre une chose individualisée par les parties mais seulement par son genre (art. 71 CO. ATF 94 II 26 [JdT 1969 I 322] cons. 2 : arrêt "Jaguar"; ATF 85 II 402 [JdT 1960 I 204] cons. 2a; WEBER, Berner Kommentar, Art. 71 OR n° 12 ss; SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, Art. 184 OR n° 44; SCHRANER, Zürcher Kommentar, Art. 71 OR n° 20 s.; KOLLER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 184 OR n° 28; CAVIN, Schweizerisches Privatrecht VII/1, p. 121 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, *op. cit.*, p. 47; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3e éd., p. 99).

b) Le contrat en question n'avait pas pour objet une chose individualisée par les parties. Contrairement à l'opinion du défendeur, qui n'est pas plus approfondie sur ce point, l'accord des parties concernant une colonne élévatrice triple ne conduit pas à une individualisation de la chose, car il est sans importance qu'une telle colonne soit montée sur le chariot élévateur livré en premier ou en deuxième. Le Tribunal cantonal a donc jugé à raison qu'il s'agissait d'une vente d'une chose de genre.

4. Le Tribunal cantonal a estimé que le chariot élévateur livré en premier représentait un *aliud* parce qu'il n'était pas équipé d'une boîte automatique comme convenu, et en a conclu l'application des règles sur l'inexécution des art. 97 ss CO. Comme le défendeur n'a pas interpellé le demandeur et ne lui a pas fixé un délai pour s'exécuter, les conditions de l'art. 107 CO ne sont pas remplies pour se départir du contrat. Le Tribunal cantonal nie également la possibilité de résolution immédiate au sens de l'art. 108 CO. Il en conclut que le contrat n'a pas été résolu, que le demandeur l'a correctement exécuté en livrant un chariot élévateur correspondant au genre convenu et qu'il peut ainsi exiger le prix de vente. Le défendeur fait valoir que même si l'on admet la vente d'une chose de genre, il était en droit de se départir du contrat. Il n'est pas tenu de payer le prix de vente.

a) La garantie des art. 197-210 CO porte sur les *défauts* de la chose (*cf.* note marginale à l'art. 197 CO). Comme la notion de chose n'est pas spécialement définie aux art. 197 ss CO, la définition générale de l'art. 184 al. 1 CO est déterminante. Celle-ci décrit l'objet de la vente comme étant la chose vendue (en allemand, *die geschuldete Sache*). Lors de la vente d'un corps certain, l'objet de la vente est individualisé par le contrat. Il s'agira pour cette raison toujours de la chose due, même s'il lui manque des caractéristiques essentielles qui avaient été convenues, (ATF 82 II 411 [JdT 1957 I 182] cons. 3b : arrêt "van Gogh"; GIGER, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR n° 46; HONSELL, *op. cit.*, p. 99). Lors de la vente d'une chose de genre, l'objet de la vente n'est en revanche déterminé que par son genre. C'est pourquoi la chose livrée ne correspond à la chose due que si elle présente les caractéristiques du genre qui ont été convenues (art. 71 al. 1 CO).

Le Tribunal fédéral a d'abord donné une définition *abstraite* et *objective* du genre reflétant la nature même de la chose (ATF 22 566 cons. 3). Il a ensuite limité cette définition en tenant compte des *usages* et de l'*emploi* prévu dans le cas d'espèce (ATF 69 II 97 [JdT 1943 I 541] cons. 2). Il a finalement retenu une définition *relative* du genre, déterminé par les descriptions *concrètes* des parties (ATF 94 II 26 [JdT 1969 I 322] cons. 2a). Cette définition correspond à celle retenue en doctrine (KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3e éd., p. 30; ZK-SCHÖNLE, Art. 185 OR n° 82; ZK-SCHRANER, Art. 71 OR n° 13; BK-WEBER, Art. 71 OR n° 85 s.; SPR-

CAVIN, p. 122). Une partie de la doctrine prétend toutefois que la définition du genre se détermine avant tout selon l'essence ou la nature de la chose en tenant compte des usages et de son emploi prévu; il se justifierait dès lors de considérer qu'il s'agit d'un *aliud* lorsque la chose livrée s'écarte de manière "flagrante", "très considérable" ou "très visible" de l'objet décrit dans le contrat (HONSELL, *op. cit.*, p. 100; HONSELL, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 206 OR n° 2; BK-WEBER, Art. 71 OR n° 91 s.; BK-GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR n° 44 et 50). Une définition abstraite du genre est à rejeter parce que ce sont les parties qui déterminent de manière autonome l'objet de la vente auquel elles attribuent certaines caractéristiques de manière plus ou moins précise selon leur importance. De plus, une définition générale du genre peut être à la fois trop large ou trop étroite, ce qui la rend difficilement applicable. Il faut s'en tenir à une définition relative du genre qui est déterminé de manière concrète par le contrat et, à défaut, selon le principe de la confiance (ZK-SCHÖNLE, Art. 185 OR n° 82). Pour cette raison, chaque fois qu'une chose livrée ne présente pas les caractéristiques convenues par les parties, il ne s'agit pas de la chose due mais d'un *aliud*. C'est par exemple le cas lors de la livraison d'une voiture à boîte automatique à la place d'une voiture à boîte manuelle. Il s'agit par contre d'un défaut de la chose (*peius*) si elle présente les caractéristiques du genre mais qu'elle ne répond pas aux exigences de qualité convenues ou légales (Art. 71 al. 2 CO). (...)

A l'ATF 94 II 26 (JdT 1969 I 322) cons. 4, le Tribunal fédéral a laissé entendre dans un *obiter dictum* que l'acheteur à qui était livrée une chose d'un genre différent pouvait non seulement résoudre le contrat selon les règles générales sur la demeure mais aussi selon l'art. 206 CO, car celui-ci reposerait sur une définition large du défaut. Une partie de la doctrine considère que l'application des règles sur la garantie des défauts lors de la livraison d'un *aliud* est souhaitable dans les cas où la délimitation avec l'exécution défectueuse présente des difficultés (ZK-SCHRANER, Art. 71 OR n° 62; BK-GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR n° 49; BK-WEBER, Art. 71 OR n° 91). Une autre partie de la littérature soutient l'opinion que la livraison d'un *aliud* lors de la vente d'une chose de genre doit exclusivement se juger selon les règles sur la garantie des défauts afin d'éviter de difficiles problèmes de délimitation et de peur que les délais courts du droit de la garantie des défauts ne soient éludés (HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, thèse, Zurich 1973, p. 96; MARKUS NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, thèse, Berne 1971, p. 24; GUHL/MERZ/KOLLER, *op. cit.*, p. 364; ROBERTO CYPRIAN, Die Aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht, thèse, St-Gall 1981, p. 67 s. et 121 s.). Ces conceptions doivent toutefois être rejetées car les art. 197 ss CO règlent uniquement la question des défauts de la chose *vendue*; il ne s'agit pas du même problème si la chose livrée ne correspond pas au genre convenu par les parties. Cette conception est confirmée par l'art. 206 CO qui règle spécifiquement la question des défauts des choses de genre (CAVIN, Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, SJ 1969, p. 329 ss et 339 s.). Cet article prévoit seulement une prétention en remplacement de la chose défectueuse par une chose du "même" genre; il suppose ainsi qu'une chose du genre convenu ait en effet été livrée. La doctrine dominante a ainsi raison de penser que la livraison d'un *aliud* ne constitue pas un cas de garantie des défauts mais un cas d'inexécution qui se juge uniquement d'après les dispositions sur la demeure du débiteur (ZK-SCHÖNLE, Art. 185 OR n° 82; HONSELL, *op. cit.*, Art. 206 OR n° 3, GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5e éd., n° 3178; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3e éd., p. 118 s.). Lorsque l'exécution est encore possible, un acheteur à qui l'on a livré un *aliud* peut seulement se départir du contrat selon les règles sur la demeure, ce qui suppose la fixation d'un délai convenable pour s'exécuter et l'expiration de ce dernier (art. 107 s. CO).

b) Dans le présent contrat, les parties ont expressément prévu que le chariot élévateur soit équipé d'une boîte automatique. Cet élément n'est pas seulement une donnée qualitative mais aussi une *caractéristique* du genre déterminante. Cette livraison ne représente pas une exécution défectueuse mais une inexécution qui se juge selon les règles sur la demeure. Le défendeur n'a pas interpellé le demandeur (art. 102 al. 1 CO) et ne lui a pas non plus fixé un délai convenable pour s'exécuter, ce qui exclut le droit de se départir du contrat au sens de l'art. 107 al. 2 CO. Le défendeur ne peut pas non plus se départir du contrat sans fixation d'un délai au sens l'art. 108 ch. 1 CO, parce que le demandeur a toujours offert une exécution régulière et qu'il ne ressortait pas de son attitude que la fixation d'un délai aurait

été sans effet. Il est également impossible de déduire des faits que l'exécution subséquente aurait été sans utilité pour le défendeur (art. 108 ch. 2 CO). Finalement, il ne ressort pas du contrat - qui prévoyait un délai de livraison d'environ deux semaines - que les parties avaient dans l'intention de fixer un terme fixe pour l'exécution (art. 108 ch. 3 CO). Le défendeur ne pouvait donc pas se départir du contrat sans la fixation d'un délai convenable pour s'exécuter : sa déclaration de résolution du 21 novembre 1991 n'est pas valable. Certes, le défendeur fait valoir que le chariot livré présentait des défauts, mais il ne prétend pas en avoir avisé le vendeur sans délai (art. 201 CO) ce qui lui fait perdre ses éventuels droits. Dès lors, l'instance inférieure n'a pas violé le droit fédéral en donnant suite à la demande en paiement du prix de vente.

Arrêt du 5 décembre 1995, Ière Cour civile du TF (4C.376/1994/szu)

CONTRAT DE VENTE
PROROGATION DE FOR

Faits

A. La maison S. AG, société de droit suisse dont le siège est à W., a soumis le 28 février 1991 une offre écrite pour une installation d'épuration des gaz d'échappement à la maison T. S.r.l., dont le siège est en Italie. Le 28 mars 1991, S. AG a révisé son offre tout en se référant, comme dans la première offre, aux conditions générales de livraison qui prévoient une clause de prorogation de for[1]. Le point de savoir si ces conditions ont effectivement été jointes à la deuxième offre est litigieux. Se référant expressément à l'offre du 28 mars 1991, T. S.r.l. a commandé l'installation par lettre du 8 avril 1991, ce qu'a confirmé S. AG.

Après livraison et montage de l'installation, T. S.r.l. a fait valoir une série de défauts et a résolu le contrat par lettre du 3 mars 1993.

B. Le 4 mai 1994, S. AG a déposé auprès du Tribunal de commerce du Canton de Zurich une demande en paiement contre T. S.r.l. pour un montant de Fr. 3'149'300.- plus frais et intérêts. La défenderesse a soulevé l'exception d'incompétence, que le Tribunal de commerce a rejetée le 29 décembre 1994 après avoir limité son examen à cette question.

C. La défenderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral en demandant d'annuler la décision du Tribunal de commerce et de constater l'incompétence à raison du lieu de ce tribunal.

La demanderesse conclut au rejet du recours, subsidiairement au renvoi de l'affaire à l'instance inférieure. Le Tribunal de commerce a renoncé à prendre position.

Droit

3. L'instance inférieure a rejeté l'exception d'incompétence pour deux raisons différentes, indépendantes l'une de l'autre et qui conduisent au même résultat. Les deux raisons sont attaquées (*cf.* ATF 120 II 312 cons. 2 en français et les références citées). S'il découle toutefois de l'art. 5 ch. 1 de la Convention de Lugano (CLug; RS 0.275.11) que le for se trouve à W. et que le Tribunal de commerce du Canton de Zurich est ainsi compétent, il n'est alors pas nécessaire d'examiner si la prorogation de for a été valablement conclue.

a) La défenderesse a son siège en Italie, la demanderesse en Suisse. La Convention de Lugano est entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1992 et en Italie le 1er décembre 1992. La demande en paiement de l'installation livrée a été déposée ultérieurement. La Convention est ainsi applicable (art. 54 al. 1 CLug; GERARDO BROGGINI, La Convenzione di Lugano : introduzione ed interpretazione, la competenza giurisdizionale, *in* La Convenzione di Lugano - temi scelti e prime esperienze, p. 24[2]).

b) Selon l'art. 5 ch. 1 CLug, le défendeur peut être attrait au lieu d'exécution du contrat ou des prétentions découlant du contrat qui sert de base à la demande. La notion de contrat ou de prétentions découlant du contrat s'interprète selon la systématique et le but de la Convention, soit de manière *autonome*, alors que le lieu d'exécution s'interprète selon le droit applicable au contrat ou à la prestation, soit selon la *lex causae* (Message sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 1990 II 293 s.; VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4e éd., chap. 4 n° 45i ss). Lorsqu'on a affaire à des contrats synallagmatiques, le for au lieu d'exécution découlant de l'art. 5 al. 1 CLug conduit à un for

différent pour chaque prestation (VOGEL, *op. cit.*, chap. 4 n° 451). Dans la présente cause, la prestation litigieuse est le paiement du prix de vente, couvert sans aucun doute par la notion de prétention contractuelle au sens de la Convention de Lugano. Il reste à déterminer le lieu d'exécution de cette prestation. Selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM, RS 0.221.211.1) applicable en l'espèce (art. 1 al. 2 LDIP), l'acheteur, s'il n'est pas tenu de payer le prix en un autre lieu particulier, doit payer le vendeur à l'établissement de celui-ci ou, si le paiement doit être fait contre la remise des marchandises ou des documents, au lieu de cette remise (art. 57 al. 1 CVIM). Le Tribunal de commerce en a déduit qu'il ne s'agissait pas d'une transaction simultanée (*Zug-um-Zug*) et en a conclu à l'existence d'un for au siège de la vendeuse. La défenderesse y voit une mauvaise interprétation de la Convention de Vienne.

c) L'art. 57 al. 1 *lit.* b CVIM renvoie avec l'expression "si le paiement doit être fait contre la remise des marchandises ou des documents" à la règle de l'art. 58 al. 1 deuxième phrase (HAGER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2e éd., Art. 57 n° 12), d'après laquelle le vendeur peut, lors de transactions simultanées, retenir les marchandises si l'acheteur ne paie pas tout de suite le prix de vente. Contrairement à la thèse de la défenderesse, il ne suffit pas que l'exigibilité du prix de vente dépende simplement du moment de la livraison. La transaction simultanée se conçoit comme une *vente au comptant*, par contraste avec la vente avec paiements préalables et la vente à crédit où le prix n'est exigible qu'un certain temps après la livraison (GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationen-recht, 8e éd., p. 346; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2e éd., n° 222 ss). Les transactions simultanées présentent la caractéristique qu'aucune des parties n'est tenue de s'exécuter avant l'autre (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, vol. II, 3e éd., p. 58; HAGER, *op. cit.*, Art. 57 n° 2). La distinction s'opère selon qu'une partie a obtenu un crédit de l'autre ou non, comme à l'art. 82 CO (LEU, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 82 OR n° 9). Le problème à résoudre est ainsi de savoir si la prestation de la demanderesse devait, comme le prétend la défenderesse, intervenir simultanément avec le paiement du prix de vente ou non.

d) Dans la présente affaire, il s'agit d'une vente atypique dans le sens que la vendeuse s'est non seulement engagée à lui transférer la propriété et à lui remettre la possession de la chose, mais qu'elle s'est aussi engagée à monter chez l'acheteur l'installation livrée[3]. L'obligation litigieuse ne s'épuise pas en une action unique. La définition de la transaction simultanée de l'art. 58 CVIM se reporte au cas typique du contrat de vente qui consiste fondamentalement en une *action unique*. Les définitions légales doivent s'interpréter selon le but poursuivi par la norme correspondante. L'art. 57 al. 1 CVIM prévoit, pour les transactions *simultanées*, que le paiement du prix de vente doit s'exécuter au lieu où est remise la marchandise; l'exécution simultanée des deux prestations est possible si non seulement le *moment* de l'exécution mais aussi le *lieu* de l'exécution de la prestation et de la contre-prestation sont identiques. Dans le cas inverse, la partie n'est en effet pas en mesure de constater immédiatement si l'autre partie a exécuté sa prestation de manière simultanée; elle ne peut ainsi pas faire usage du droit prévu à l'art. 58 al. 1 CVIM, à savoir ne pas exécuter sa prestation aussi longtemps que l'autre n'a pas exécuté la sienne. L'art. 57 al. 1 *lit.* b CVIM doit s'interpréter en considération de ce but. On ne peut plus parler de transaction simultanée si plusieurs actions sont nécessaires pour exécuter la prestation, par exemple s'il ne faut pas immédiatement exécuter la contre-prestation à la suite d'une prestation partielle. La situation n'est pas différente si la partie peut refuser d'exécuter la prestation suivante tant que la contre-prestation antérieure n'a pas été exécutée. L'intervalle temporel entre les différentes prestations permet sans autre d'obtenir la contre-prestation en un autre lieu.

e) Selon les conditions de livraison convenues, la défenderesse devait payer 30% du prix de vente à la commande, au début ainsi qu'à la fin du montage et les 10% restant lors de la mise en service. Les parties avaient ainsi convenu de se faire crédit réciproquement. En premier lieu, l'acheteur a dû s'exécuter préalablement puisqu'il devait verser un acompte à la commande; puis la vendeuse a dû exécuter sa prestation en livrant l'installation et en commençant le montage. Le début du montage a déclenché le devoir d'exécution de l'acheteur, même s'il n'était pas prévu que le deuxième paiement devait intervenir en même temps que le début du montage. Le contrat ne permettait pas non plus à la vendeuse de faire dépendre le début du montage du paiement des deuxièmes 30% au sens de l'art. 58 al. 1 CVIM. Les

30% suivants étaient exigibles dès la fin du montage, la vendeuse devant à nouveau clairement exécuter sa prestation de manière anticipée. Cela vaut également pour le solde de 10%, qui n'est devenu exigible qu'avec la mise en service de l'installation.

L'*échelonnement* du prix de vente conduit à une diminution du risque de crédit et à la possibilité pour la vendeuse de ne pas exécuter la prestation suivante tant que l'acheteur n'a pas réglé les parties exigibles du prix de vente. Dans ce sens, cette manière de s'exécuter se rapproche d'une transaction simultanée au sens de l'art. 57 al. 1 *lit.* b CVIM. La présente vente de marchandises s'en distancie pourtant de façon essentielle, parce que la prestation (partielle) d'une partie n'intervient à aucune des phases de cet échange de prestations au même moment que la prestation de l'autre partie.

4. En conséquence, le Tribunal de commerce a décidé à juste titre qu'il ne s'agissait pas d'une transaction simultanée au sens de l'art. 57 al. 1 *lit.* b CVIM et que le prix de vente devait être réglé à l'établissement de la vendeuse (art. 57 al. 1 *lit.* a CVIM). La compétence du Tribunal de commerce du Canton de Zurich est ainsi donnée et le recours est rejeté.

Arrêt du 18 janvier 1996
Ière Cour civile du TF
(4C.175/1995/bie)

---

1 Selon toute vraisemblance en faveur de S. AG à W.

2 En français : Gerardo Broggini, Problèmes particuliers concernant les règles de compétence de la Convention de Lugano, *in* L'espace judiciaire européen, CEDIDAC n° 21, Lausanne 1992, p. 36.

3 Nous renvoyons à ce propos à la thèse de Jean-Samuel Leuba, Le contrat de vente avec obligation de montage, Lausanne 1995, spéc. p. 128 ss. *Cf.* aussi Karl H. Neumayer/Catherine Ming, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, CEDIDAC n° 24, Lausanne 1993, Art. 57 n° 1.

Publications

Deux nouveaux ouvrages sont parus récemment dans la série du CEDIDAC. Ils peuvent être commandés auprès de notre secrétariat au prix de Fr. 95.- (Fr. 75.- pour les membres du Club).

CEDIDAC n° 31
Le génie génétique. Biotechnology and Patent Law

édité par François Dessemontet
(197 pages)

Cet ouvrage réunit les travaux de la journée d'étude que le CEDIDAC a organisée le 28 mars 1995 à Lausanne. On y trouve les textes de François Perret, Ernest Gutmann, Albert J. Breneisen, Robert S. MacWright, Paul F. Ware, Christian Gugerell, Stephen H. Atkinson et Ivan Cherpillod, ainsi que les débats qui ont clôturé cette journée.

Nicolas Gillard, Fabio Marchetto
Sébastien Bettschart, Nicolas Iynedjian
Olivier Niggli, Alain Thévenaz

CEDIDAC n° 32
Brevets d'invention
Quarante ans de jurisprudence fédérale

édité par
Ivan Cherpillod et François Dessemontet
(565 pages)

Plus de cent quarante arrêts ont été traduits, résumés et classés par article de loi. Cette présentation permettra au praticien, au chercheur et à l'étudiant de trouver l'ensemble des arrêts fédéraux rendus à propos de la nouvelle loi sur les brevets d'invention et d'autres dispositions conventionnelles, légales ou réglementaires relatives aux brevets. Le lecteur trouvera au début de chaque chapitre les versions successives des articles applicables, en français et en allemand.

FORMATION CONTINUE

Le CEDIDAC annonce l'organisation d'une journée d'étude sur

L'AGRICULTURE SUISSE ET L'EUROPE

le **mardi 25 juin 1996** à l'Université de Lausanne.

La journée est conçue comme une **grande table ronde** à laquelle prennent part les participants de la journée et les experts invités. Plusieurs blocs traitant de questions différentes permettront de structurer les questions et de les poser au moment le plus adéquat.

Afin de pouvoir tirer plus de profit de la journée, les participants sont invités à préparer des questions à l'avance.

Les experts représentent de façon variée le monde agricole et les disciplines qui s'y intéressent. La liste exacte des orateurs peut être obtenue au CEDIDAC.

Renseignements et inscriptions auprès du CEDIDAC. Délai d'inscription : ***15 juin 1996***.

Deux journées d'étude sont d'ores et déjà prévues sur

LA NOUVELLE LOI SUR LA POURSUITE ET LA FAILLITE

le **vendredi 11 octobre 1996** à l'Université de Lausanne
et
le **lundi 14 octobre 1996** à l'Université de Genève.

La nouvelle loi sur la poursuite et la faillite entre en vigueur le 1er janvier 1997. Le CEDIDAC, en collaboration avec l'Université de Genève, organise à cette occasion deux journées d'étude qui auront lieu dans chacune des universités. Le programme définitif et la liste des orateurs seront bientôt disponibles.

Renseignements auprès du CEDIDAC.

Le CEDIDAC est dorénavant également atteignable par **courrier électronique** : CEDIDAC@droit.unil.ch