Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse

Autor(en): **Morin, Ariane**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **126 (2007)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896212

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse

ARIANE MORIN*

* Professeure à l'Université de Lausanne. Je remercie vivement mes assistants Mme Ariane Indermühle et M. Raphaël Bagnoud de m'avoir aidée à rassembler la documentation nécessaire à la rédaction de ce texte.

Table des matières

A. Introduction 207
B. Le contenu des articles 2 et 4 CC 208
I. L'article 2 CC 208
1. Les règles de la bonne foi 208
a. Le principe posé à l'article 2 alinéa 1 CC 208
b. La précision donnée à l'art. 2 alinéa 2 CC 210
c. L'illustration des rapports entre les deux alinéas de l'article 2 CC 211
aa. L'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit 211
bb. L'interdiction du comportement contradictoire 213
cc. La clausula rebus sic stantibus 214
2. Les devoirs visés à l'art. 2 CC 214
3. Les personnes visées par l'article 2 CC 216
II. L'article 4 CC 217
1. Le destinataire de l'article 4 CC 217
2. Les renvois à l'article 4 CC 217
a. Les renvois légaux à l'article 4 CC 217
b. Les renvois jurisprudentiels à l'article 4 CC 218
C. Le rôle des articles 2 et 4 CC dans le système du Code civil 219
I. Le caractère volontairement incomplet du Code civil 219
1. Le principe du code populaire 219
2. L'incomplétude du code comme conséquence de son caractère populaire 219
II. La fonction des articles 2 et 4 CC dans un code volontairement incomplet 220
1. La fonction de l'article 2 CC 220
2. La fonction de l'article 4 CC 222
3. Le caractère habilitant des articles 2 et 4 CC 222
III. Les rapports avec les articles 1 et 3 CC 223
1. Les rapports entre l'art. 1 CC et les art. 2 et 4 CC 223
a. La mise en œuvre des art. 2 et 4 CC dans le cadre de l'interprétation de la loi 223
b. Les rapports avec le comblement des lacunes de la loi 224
2. Les rapports entre l'art. 3 CC et les art. 2 et 4 CC 226
D. La mise en œuvre des articles 2 et 4 CC 227
I. L'exigence de spécification 227
1. L'interdiction d'un renvoi pur et simple aux règles de la bonne foi ou à l'équité 227
2. Les buts de la spécification 228
II. La prise en compte du droit existant 230
1. La recherche de points d'appui dans le droit positif 230
a. Dans la mise en œuvre des règles de la bonne foi 231
b. Dans la mise en œuvre des règles du droit et de l'équité 233
2. La construction de groupes de cas 233
E. Conclusion 234

A. Introduction

Celui qui se penche aujourd'hui sur les commentaires faits au cours du siècle écoulé à propos des art. 2 et 4 CC va notamment découvrir que pour nombre d'auteurs, l'art. 2 CC ne s'applique que dans le cadre d'un rapport juridique particulier[1] et contient deux règles totalement distinctes, l'une relative à l'interprétation (art. 2 al. 1 CC), l'autre au comblement des lacunes improprement dites (art. 2 al. 2 CC)[2]; il va également réaliser que pour certains autres auteurs, l'art. 4 CC postule une approche casuistique, ce qui le placerait en quelque sorte entre les règles sur l'interprétation (art. 1 al. 1 CC) et celles sur le comblement des lacunes (art. 1 al. 2 CC).[3] Il peut tirer de tels développements le sentiment que les art. 2 et 4 CC ne s'insèrent pas dans un ensemble logique, et que le Titre préliminaire ne l'aide dès lors pas véritablement à comprendre le sens et la portée de la loi.

L'on se propose par conséquent d'analyser dans la présente contribution quel rôle jouent véritablement ces deux dispositions, en partant de l'idée que si le CC est pour l'essentiel l'œuvre d'une seule personne – Eugen Huber[4] – il y a de fortes probabilités qu'il forme *un tout cohérent*. L'idée n'est donc pas de présenter l'ensemble des cas de concrétisation de l'art. 2 CC ou de jugement selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), mais plutôt de déterminer quel rôle le législateur de 1907 a exactement voulu donner aux art. 2 et 4 CC. Pour ce faire, nous commencerons par présenter le contenu des art. 2 et 4 CC. Nous examinerons ensuite leur fonction dans le système du CC, et leurs rapports avec l'art. 1 CC, consacré à l'application de la loi, et l'art. 3 CC, qui traite comme eux de l'étendue des droits civils.[5] Nous verrons pour finir quelles conclusions cette analyse permet de tirer quant à la mise en œuvre des art. 2 et 4 CC.

---

1 Cf. not. Henri Deschenaux, Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, Tome II, Fribourg 1969, p. 137 et 142; Max Keller et Sonja Gabi, Das Schweizerische Schuldrecht, vol. 2: Haftpflichtrecht, 2e éd., Bâle/Francfort 1988, p. 41 ss; Karl Oftinger et Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. II/1, 4e éd., Zurich 1987, § 16 nº 119 ss.

2 Cf. not. Deschenaux (note 1), p. 139; Hans Merz, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, Berne 1962, nº 21 ss; Max Baumann, Zürcher Kommentar zu Art. 2 ZGB, Zurich 1998,nº 21 ss; Heinz Hausheer et Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003, nº 11 ss ad art. 2 CC.

3 Dominique Manaï, Le juge entre la loi et l'équité, Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse, Lausanne 1985, p. 77; Alfred Egger, Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB, 2e éd. Berne 1930, nº 8 ad art. 4 CC.

4 Walter Yung, Eugen Huber et l'esprit du Code civil suisse, in Etudes et Articles, Genève 1971, p. 27 ss; Dominique Manaï, Eugen Huber, jurisconsulte charismatique, Bâle/Francfort 1990, p. 97 ss.

5 Cf. les notes marginales des art. 1 et 2 CC; FF 1904 IV 13 s.

B. Le contenu des articles 2 et 4 CC

I. L'article 2 CC

1. Les règles de la bonne foi

a. Le principe posé à l'article 2 alinéa 1 CC

D'après l'art. 2 al. 1 CC: *«Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi».*

Au moment de l'adoption du Code civil, l'injonction d'agir selon les règles de la bonne foi, soit en considération des attentes justifiée d'autrui (*«Treu und Glauben»*)[6] n'avait comme telle rien de nouveau. On la trouvait formulée à l'art. 1134 al. 3 du Code civil français et aux §§ 157 et 142 BGB.[7] Elle était également déjà reconnue en droit suisse, puisqu'elle figurait notamment à l'art. 176 du CO de 1881 (repris à l'art. 156 du CO de 1911).[8] En outre, dans sa jurisprudence d'avant 1907, le Tribunal fédéral (ci-après le TF) s'était déjà appuyé à maintes reprises sur le concept de règles de la bonne foi. Il a par exemple jugé que la partie qui gardait un fait sous silence commettait un acte illicite au sens de l'art. 50 du CO de 1881 si elle savait ou devait savoir selon les règles de la bonne foi que ce fait était décisif pour la formation de la volonté des parties.[9] Il a également rattaché aux règles de la bonne foi le principe de la confiance et celui du comblement des lacunes du contrat par recours à la volonté hypothétique des parties.[10]

---

6 Egger (note 3), n° 2 ad art. 2 CC; Merz (note 2), n° 9 ss; Deschenaux (note 1), p. 137; Max Staehlin, Zu Art. 3 I des Zivilgesetzentwurfs, RDS 1907, p. 335 ss, spéc. p. 376.

7 Art. 1134 al. 3 CC: *«Les conventions légalement formées (...) doivent être exécutées de bonne foi»*; § 157 BGB: *«Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkherssitte es erfordern»*; § 242 BGB: *«Der Schuldner ist verplichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»*; ATF 38 II 349, JdT 1913 I 399; Staehlin (note 6), p. 356; Egger (note 3), n° 5 ad art. 2 CC.

8 Art. 176 du CO de 1881 et 156 du CO de 1911: *«La condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi»*. Cf. aussi l'art. 547 du CO de 1881. Le concept de règles de la bonne foi a probablement été pris en compte de façon générale lors de l'élaboration du Code fédéral des obligations. On trouve des indices dans ce sens à la page 37 du Message du Conseil fédéral relatif à ce code (reproduit in Urs Fasel, Handels- und Obligationenrechtliche Materialien, Berne 2002, p. 1236), et même déjà dans le rapport de Munzinger de 1862 (cf. Fasel, op. cit., p. 73).

9 ATF 25 II 881. En droit positif, le TF a repris ce principe pour sanctionner le dol par omission, qui constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, cf. p. ex. ATF 40 II 608, JdT 1915 I 721; ATF 108 II 419, JdT 1983 I 205; ATF 116 II 431, JdT 1991 I 145.

10 Cf, p. ex. les arrêts cités par Horst Albert Kaufmann, Treu und Glauben im eidgenössichen Obligationenrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis 1889, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (éd), Le centenaire du CO, Fribourg 1982, p. 91 ss, spéc. p. 106 ss; v. aussi ATF 34 II 523; Staehlin (note 6), p. 373 ss; Arthur Meier-Hayoz, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, RDS 1959, p. 89 ss, spéc. p. 95.

L'art. 2 al. 1 CC se distingue toutefois par le fait que, contrairement à ces règles légales et jurisprudentielles antérieures à 1907, il ne vise pas le seul droit des contrats, mais l'ensemble du droit privé (comme l'indique aussi sa note marginale: «*Etendue des droit civils. I. Devoirs généraux*») – voire même l'ensemble du droit, vu le rôle des règles de la bonne foi en droit public.[11]

De fait, dans son Exposé des motifs relatif à l'avant projet du DFJP, Eugen Huber rangeait déjà les règles de la bonne foi parmi les principes généraux à la base du droit privé (même s'il ne parlait pas encore d'insérer dans le code une règle similaire à l'art. 2 CC).[12] Dans des textes postérieurs à 1907, il a précisé le rôle fondamental qu'il donnait à ce concept: selon lui, le postulat d'avoir à agir selon les règles de la bonne foi résulte de la nécessité d'établir une relation harmonieuse entre l'existence individuelle et l'existence collective des membres de la communauté, qui fonde les droits et les devoirs en société.[13] Cette nécessité implique en effet que si l'ordre juridique concède à chacun la liberté individuelle – c'est-à-dire la faculté d'organiser comme il l'entend ses conditions d'existence[14] – il ne conçoit son exercice que d'une façon qui n'entrave pas la liberté individuelle des autres personnes contre leur volonté, de sorte que la liberté de chacun s'accorde avec celle de tous.[15] La personne susceptible d'être touchée par l'exercice du droit d'autrui peut donc légitimement s'attendre à ce que le titulaire de ce droit aura ce faisant des égards envers elle, en l'utilisant d'une façon loyale et correcte. D'où l'injonc-

---

11 Sur la portée générale de l'art. 2 CC, cf. MAX GMÜR, Das schweizerische Zivilgestezbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gestetzbuch, Berne 1965, p. 50 s.; KONRAD ZWEIGERT et HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3e éd., Tübingen 1996, p. 171; SIMON WITTAKER et REINHARD ZIMMERMANN, Surveying the legal landscape, in: Reinhard Zimmermann et Simon Wittaker (éd.), Good Faith in European contract law, Cambridge 2000, p. 51 s.; sur le rôle des règles de la bonne foi en droit public, cf. not. HAUSHEER/JAUN (note 2), n° 152 ss ad art. 2 CC; HENRICH HONSELL, Basler Kommentar zu Art. 1–4 ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser (éd.), Zivilgesetzbuch I, 3e éd., Bâle/Genève/Munich 2006, n° 4 ad art. 2 CC.

12 EUGEN HUBER, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, Berne 1901, p. 19 s. et 23 s.

13 EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2e éd., Bâle 1925, p. 296; v. aussi EGGER (note 3), n° 1 ad art. 2 CC; HAUSHEER/JAUN (note 2), n° 5 ad art. 2 CC; BRUNO HUWILER, La genèse de l'interdiction de l'abus de droit, in Pierre Widmer/Bertil Cottier (éd.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, p. 35 ss, spéc. p. 48.

14 HUBER (note 12), p. 2 ss; cf. aussi KARL OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, in: Ausgewählte Schriften, Zurich 1978, p. 46 ss, spéc. p. 53; HANS MERZ, Droit des obligations, Partie générale, Tome I, Traité de droit privé suisse, vol. VI, Fribourg 1992, p. 34 s. et 101.

15 EUGEN HUBER, Das Absolute im Recht, Schematischer Ausbau einer Rechtsphilosophie, Berne 1922, p. 15 ss et 68 ss; MANAÏ (note 4), p. 164.

tion faite à chacun d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi .[16]

b. La précision donnée à l'art. 2 alinéa 2 CC

Dans l'Exposé des motifs, Eugen Huber a mentionné parmi les principes généraux du droit l'interdiction de la chicane, selon laquelle «*nul ne doit exercer son droit dans le seul but de nuire à autrui*».[17] Il n'a toutefois proposé de la matérialiser dans le code que dans le seul domaine des droits réels.[18] Ainsi, l'art. 644 al. 2 de l'avant-projet prévoyait que le propriétaire d'une chose «*peut en user de la façon la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui*». Le projet du Conseil fédéral de 1904 a repris cette interdiction de la chicane, en la généralisant dans la règle posée à son art. 3 al. 2, aux termes duquel: «*celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale*». Le Message du conseil fédéral publié à l'appui de ce projet expliquait que cette interdiction constituait «*une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à le protéger*».[19]

La décision de formuler une interdiction générale de l'abus de droit et de la faire figurer à la suite de l'injonction tout aussi générale d'agir selon les règles de la bonne foi (cf. l'art. 3 al. 1 du projet: «*On est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*») a sans doute été prise à l'initiative d'Eugen Huber.[20]

Cela indique que l'art. 2 CC, qui reproduit l'art. 3 du projet, a bel et bien été voulu comme un ensemble cohérent, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs.[21] Eugen Huber avait d'ailleurs déjà indiqué dans l'Exposé des motifs que «*chacun ne doit bénéficier de la protection des lois que dans la mesure où l'exige la bonne foi requise dans les affaires et en tant qu'il a été lui-même de bonne foi*».[22] En d'autres termes, si les règles de la bonne foi

---

16 Huber (note 13), p. 296; Egger (note 2), n° 1 ad art. 2 CC; Merz (note 2), n° 17 et 20 ad art. 2 CC; Deschenaux (note 1), p. 137 s.; Yung (note 4), p. 43; Hausheer/Jaun (note 2), n° 3 ss ad art. 2 CC; Huwiler (note 13), p. 41 et 48 s.; Pierre Engel, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, RDS 1983 II, p. 1 ss, spéc. p. 21; Pio Caroni, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Bâle/Francfort 1996, p. 137 et 195.

17 Huber (note 12), p. 9.

18 Huber (note 12), p. 9 s.

19 FF 1904 IV 14; Merz (note 2), n° 14; Huwiler (note 13), p. 41; Isabelle Augsburger-Bucheli, Genèse de l'article 2 du Code civil suisse, in: Pierre Widmer et Bertil Cottier (éd.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, p. 23 ss, spéc. p. 29.

20 Merz (note 2), n° 16; Huwiler (note 13), p. 41; Augsburger-Bucheli (note 19), p. 34.

21 Cf. les références citées *supra* ad note 2.

22 Huber (note 12) p. 24; Huwiler (note 13), p. 40.

résultent de la nécessité d'établir un ordre social harmonieux entre les individus, et fondent à ce titre les droits et les devoirs en société, tout droit trouve forcément sa limite immanente dans le respect de cette nécessité.[23]

Le législateur a donc conçu l'art. 2 al. 2 CC comme le complément de l'art. 2 al. 1 CC: il exprime en des termes négatifs (l'interdiction de l'abus de droit) ce que l'art. 2 al. 1 CC formule de façon positive (les règles de la bonne foi) et indique de la sorte que l'injonction faite à chacun d'agir selon les règles de la bonne foi peut conduire à interdire à quelqu'un d'utiliser un droit de façon conforme au libellé de la norme qui le fonde si cet usage apparaît objectivement contraire au but de cette norme.[24]

c. *L'illustration des rapports entre les deux alinéas de l'article 2 CC*

Le fait que l'art. 2 al. 2 CC complète l'art. 2 al. 1 CC explique pourquoi les cas d'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) se recoupent souvent avec la mise en œuvre des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC).[25] Les liens entre ces deux alinéas ressortent tout particulièrement de l'analyse de trois institutions généralement rattachées à l'art. 2 al. 2 CC: l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'interdiction du comportement contradictoire et la *clausula rebus sic stantibus*.

aa. L'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit

Comme le montre l'interdiction de la chicane, l'exercice d'un droit est abusif lorsqu'il est dénué de toute utilité pour son titulaire.[26] Un tel comportement est également contraire aux règles de la bonne foi. En effet, la personne qui exerce un droit intervient sur le plan social, ce qui peut affecter la liberté

---

23 Dans ce sens déjà l'ATF 30 II 284: «*Le droit, étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui*»; ATF 73 II 39, JdT 1946 I 386; Huwiler (note 13), p. 38 et 47 ss; Caroni (note 16), p. 195.

24 ATF 72 II 39, JdT 1946 I 386; ATF 83 II 345, JdT 1958 I 194; ATF 113 II 209; ATF 125 III 257, SJ 2000 I 33; ATF 128 III 201; ATF 130 III 113; Egger (note 3), n° 23 ss ad art. 2 CC; Virgile Rossel et Jean Frédéric Mentha, Manuel du droit civil, Tome 1, Lausanne 1919, p. 67; Max Gmür, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, 2e éd., Berne 1919, n° 10 et 15; Honsell (note 11), Basler Kommentar zu Art. 1–4 ZGB, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser (éd.), Zivilgesetzbuch I, 3e éd., Bâle/Genève/Munich 2006, n° 1 et 24 ss ad art. 2 CC.

25 Deschenaux (note 1), p. 152 et 168; Hausheer/Jaun (note 2), nos 11 et 15 ad art. 2 CC; Honsell (note 24), n° 1 ad art. 2 CC; voir aussi Merz (note 2), nos 119 et 285 ss.

26 Deschenaux (note 1), p. 168; Merz (note 2), n° 340 ss; Hausheer/Jaun (note 2), n° 93 ad art. 2 CC; Fritz Sturm, Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht – Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts, RSJ 1993, p. 373 ss, spéc. p. 374 ss.

individuelle des autres individus.[27] Puisque les droits, et donc les normes qui les fondent, visent à établir un ordre harmonieux entre les individus, ce comportement reste en principe tolérable tant qu'il sert à satisfaire les intérêts protégés par la norme sur laquelle il s'appuie. Le titulaire du droit agit alors selon les règles de la bonne foi. En demeurant dans les limites de cette norme, il observe les égards que celle-ci cherche à lui faire observer envers les tiers par le cadre dans lequel elle insère l'exercice de ses droits subjectifs.

Inversement, le titulaire d'un droit viole les règles de la bonne foi et abuse ainsi de ce droit s'il s'en sert à des fins complètement étrangères au but de la norme dont il découle[28], par exemple s'il forme une prétention qui ne sert en rien la défense de ses intérêts, ou qui sert seulement des intérêts qui sortent du cadre de la norme dont il tire son droit.[29]

Les art. 23 et 25 CO permettent d'illustrer ce qui précède. L'art. 23 CO donne la possibilité à la partie victime d'une erreur essentielle de se libérer unilatéralement du contrat, parce qu'il part de l'idée que ce contrat, quoique formellement conclu, ne sert en principe pas l'intérêt qui a conduit cette partie à s'engager.[30] L'art. 25 al. 1 CO (introduit dans le CO de 1911 comme concrétisation législative de l'art. 2 CC)[31] précise toutefois que «*la partie qui est victime d'une erreur ne peut s'en prévaloir d'une façon contraire aux règles de la bonne foi*». Vu le but de l'art. 23 CO, l'art. 25 al. 1 CO interdit à la victime d'une erreur essentielle d'invalider le contrat lorsque celui-ci a un contenu propre à préserver l'intérêt qui l'a conduit à le conclure (par exemple parce qu'elle se trouve dans l'hypothèse visée à l'art. 25 al. 2 CO).[32] La victime de l'erreur essentielle respecte par conséquent les règles de la bonne foi si elle invoque ce vice dans les limites de l'art. 23 CO. Elle viole les règles de la bonne foi et commet en même temps un abus de droit si elle se prévaut de son erreur hors de ces limites.[33] C'est pourquoi l'art. 25 CO se réfère aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) pour fonder l'interdiction d'exercer un droit (art. 2 al. 2 CC).

---

27 Par exemple, celui qui clôture son fonds, comme l'art. 641 CC l'y autorise, va limiter la liberté de mouvement des tiers, qui ne pourront plus traverser son terrain.

28 ATF 86 II 421, JdT 1961 I 325; Egger (note 3), n°s 20 et 32 ss ad art. 2 CC; Huwiler (note 13), p, 48 s.; Caroni (note 16), p. 202; Deschenaux (note 1), p. 142; Merz (note 2), n° 50 ss. Sur le cas particulier de la fraude à la loi, cf. ATF 125 III 257, SJ 2000 I 33; ATF 132 III 212.

29 P. ex.: il est abusif d'exercer un droit qui tend à procurer un résultat que l'on a déjà atteint ou qui ne permettra manifestement pas d'obtenir l'avantage recherché, ATF 60 II 23, JdT 1934 I 33; Deschenaux (note 1), p. 169; Hausheer/Jaun (note 2), n° 94 ad art. 2 CC.

30 Ernst A. Kramer, Der Irrtum bei Vertragsschluss, Zurich 1998, n° 4; Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zu Art. 23–31 OR, Berne 1995, n° 199 ss ad Intro aux art. 23–27 CO.

31 BSt. CN 1909, p. 467 et 475.

32 Ariane Morin, La mise en œuvre des droits dans la perspective du droit des obligations, JdT 2002 III 80, spéc. p. 93.

33 ATF 123 III 200, JdT 1999 I 55; ATF 132 III 737. Cf. aussi Merz (note 2), n° 312.

bb. L'interdiction du comportement contradictoire

Selon le principe de l'interdiction du comportement contradictoire, l'art. 2 al. 2 CC empêche une personne de revenir sur son comportement antérieur s'il a conduit une autre personne à développer une confiance digne de protection et à prendre sur cette base des dispositions qui lui seront défavorables en cas de déception de cette confiance.[34]

Or, cette situation se recoupe avec celle dans laquelle il est possible d'opposer à quelqu'un le principe de la confiance, qui se rattache traditionnellement à l'art. 2 al. 1 CC.[35]

Le principe de la confiance s'applique lorsqu'une personne prête à une autre personne une volonté qui ne correspond pas à sa volonté réelle, soit parce qu'elle a mal compris sa manifestation de volonté, soit parce qu'elle a cru que cette personne lui a adressé une MV, alors que celle-ci ne voulait en réalité pas lui communiquer de déclaration.[36] Il sert à arbitrer le conflit qui existe alors entre l'intérêt de la personne qui se fie à tort à l'existence d'une certaine manifestation de volonté à agir en fonction de sa perception de la réalité (intérêt à la sécurité des affaires) et celui de la personne qui a provoqué cette confiance à agir en fonction de la réalité, c'est-à-dire en fonction de l'absence de la volonté que lui prête l'autre partie (intérêt à la sécurité du droit). Le principe de la confiance permet de faire primer l'intérêt à la sécurité des affaires de la personne qui s'est trompée, dans la mesure où elle pouvait et devait raisonnablement comprendre comme elle l'a fait la déclaration ou le comportement litigieux. Les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) justifient alors d'imputer à l'autre personne une manifestation de volonté qui ne reflète pas sa volonté réelle et de passer outre son intérêt à la sécurité du droit.[37] En effet, celui qui se fie légitimement à l'apparence d'une offre ou d'une acceptation peut être amené à croire à l'existence d'un contrat et à prendre sur cette base des mesures (par exemple à faire des dépenses en vue de la conclusion ou de l'exécution du contrat) qui s'avèreront préjudiciables si l'autre partie se prévaut ensuite de ce qu'elle n'a jamais voulu faire une telle déclaration.[38] Cela revient à dire

---

34 ATF 115 II 331, JdT 1991 I 150; ATF 121 III 350; ATF 125 III 257, SJ 2000 I 33; ATF 129 III 493; ATF 131 III 430; Merz (note 2), n°s 125, 402, 431 ss; Deschenaux (note 1), p. 171 ss.; Hausheer/Jaun (note 2), n° 130 ss ad art. 2 CC.

35 *Supra*, B.I.1.a.

36 ATF 69 II 319, JdT 1944 I 22; ATF 105 II 23, JdT 1979 I 474; ATF 116 II 695, JdT 1991 I 625; ATF 123 III 35, JdT 1997 I 322; ATF 127 III 444; ATF 129 III 118.

37 Sous réserve des art. 23 ss CO, cf. ATF 105 II 23, JdT 1979 I 474; Schmidlin (note 30), n° 221 ad Intro. aux art. 23–27 CO.

38 Schmidlin (note 30), n° 187 ss ad Intro. aux art. 23–27 CO Arthur Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Zurich 1948, p. 97 s. et 120; Ernst A. Kramer, Berner Kommentar zu Art. 1 OR, Berne 1989, n° 42.

qu'elle est liée par son attitude antérieure pour des motifs qui relèvent de l'interdiction du comportement contradictoire (art. 2 al. 2 CC).[39]

Au fond, la question de savoir si la situation où s'applique le principe de la confiance concerne l'art. 2 al. 1 CC ou l'art. 2 al. 2 CC dépend du point de vue d'où l'on se situe: si l'on se place du point de vue de la partie qui profite du principe de la confiance, il est possible de dire que les règles de la bonne foi l'autorisent à agir en fonction de ses attentes légitimes. Si l'on se place du point de vue de la partie à laquelle le principe de la confiance est opposé, il est possible de dire que les règles de la bonne foi lui imposent de se comporter en fonction des attentes légitimes de l'autre partie, si bien qu'elle abuserait de sa faculté de revenir sur son comportement antérieur si elle faisait abstraction de l'apparence qu'elle a créée.

cc. La clausula rebus sic stantibus

La théorie de la *clausula rebus sic stantibus* (ou théorie de l'imprévision) permet de modifier ou de liquider un contrat lorsqu'un changement extraordinaire et imprévisible de circonstances survenu après sa conclusion induit une grave disproportion entre la prestation d'une partie et la contre-prestation de l'autre et que ni le contrat, ni la loi (par exemple l'art. 373 CO) ne règlent cette hypothèse. Là encore, la question de savoir s'il faut s'en remettre à l'art. 2 al. 1 CC ou à l'art. 2 al. 2 CC[40] dépend du point où l'on se place: si c'est du point de vue de la partie lésée, la *clausula rebus sic stantibus* se rapporte à l'art. 2 al. 1 CC, car les règles de la bonne foi l'autorisent alors à déroger au principe de la fidélité contractuelle, pour n'avoir pas à supporter un déséquilibre survenu inopinément et sans sa faute. Mais du point de vue de l'autre partie, la *clausula rebus sic stantibus* renvoie à l'art. 2 al. 2 CC, car elle commet un abus de droit si elle persiste à former ses prétentions contractuelles et exploite de la sorte usurairement le déséquilibre issu du changement de circonstances.[41]

2. *Les devoirs visés à l'art. 2 CC*

Puisque les règles de la bonne foi visent en somme à donner des limites raisonnables à l'exercice de l'activité individuelle afin de préserver l'harmonie

39 Merz (note 2), n° 402; Deschenaux (note 1), p. 172; Ariane Morin, La confiance légitime en droit suisse des contrats, in: Rapports suisses présentés au XVIIe congrès international de droit comparé, Zurich 2006, p. 83 ss, spéc. p. 109 s.

40 P. ex: Merz (note 2), n° 181 ss (2 al. 1 CC); Deschenaux (note 1), p. 105 ss (2 al. 2 CC).

41 ATF 122 I 328, JdT 1997 I 452; ATF 122 III 97, JdT 1997 I 294; ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239.

sociale[42], l'art. 2 CC ne s'applique pas seulement dans le cadre d'un rapport juridique particulier, contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine.[43] Il englobe en réalité toutes les prérogatives que l'ordre juridique donne aux individus pour matérialiser leur liberté individuelle, dont l'exercice n'est pas nécessairement subordonné à l'existence d'un tel rapport.[44]

Cela ressort non seulement de la note marginale de l'art. 2 CC[45], mais aussi du texte même de cette disposition, qui se réfère certes aux obligations dans sa version française et italienne («*obblighi*»), mais utilise le terme plus large de «*Pflichten*» dans sa version allemande et qui parle de «*droits*» («*Rechten*», «*diritti*») dans les trois langues, et non seulement de créances ou de prétentions («*Forderungen*», «*crediti*»).

Il est vrai que les personnes liées par un rapport juridique particulier, spécialement par un contrat, se trouvent de ce fait dans une relation de confiance étroite: le créancier va alors s'attendre à ce que le débiteur exécute correctement sa prestation, ce qui peut l'amener à prendre des mesures d'ordre économique qu'il n'aurait pas assumées autrement (par exemple à faire des dépenses en vue de recevoir la prestation, ou à promettre l'objet de la prestation à un tiers) et à laisser le débiteur accéder à certains de ses biens pour lui permettre de s'exécuter. Si le débiteur ne fournit pas la prestation due, ou s'il lèse les biens du créancier auxquels il a accès de par leur rapport d'obligation, il entrave la liberté individuelle de ce créancier contre sa volonté, puisque celui-ci aura alors pris en vain ses mesures d'ordre économique, ou qu'il devra réparer ses biens qui ont été lésés. Cela explique la remarque de Hans Merz, reprise par le TF, selon laquelle l'art. 2 CC se rapporte principalement («*in dem Hauptanwendungsfall*») aux rapports de droit préexistants, dont il sert à préciser le contenu et les limites.[46]

Mais un tel rapport de confiance peut aussi exister entre des personnes qui ne sont pas liées par un rapport juridique particulier. Comme l'indique la jurisprudence sur l'interdiction du comportement contradictoire, il est parfaitement envisageable que celui qui adresse une déclaration à quelqu'un en dehors de tout contrat conduise celui-ci à prendre des dispositions d'ordre économique en fonction du contenu de cette déclaration, qui s'avéreront inutiles sans qu'il l'ait voulu et partant préjudiciables pour lui, si l'auteur de la déclaration se prévaut ensuite de son droit déduit de sa liberté individuelle de ne pas être

---

42 Rossel/Mentha (note 24), p. 67; Yung (note 4), p. 45.

43 Cf. les références citées *supra* ad note 1.

44 Yung (note 4), p. 43; Egger (note 3), n°s 2 et 7 ad art. 2 CC; Gmür (note 24), n° 7 ss ad art. 2 CC; Baumann (note 2), n°s 6 et 11 ad art. 2 CC; Huwiler (note 13), p. 48 s.; Oftinger (note 14), p. 53.

45 *Supra*, B.I.1.a

46 Merz (note 2), n° 34 ad art. 2 CC; ATF 108 II 301; ATF 116 Ib 367; ATF 124 III 301, JdT 1999 I 268.

lié par son comportement antérieur et revient sur ses propos.[47] Le TF a par exemple considéré dans sa jurisprudence relative à la responsabilité fondée sur la confiance (qu'il rattache à l'interdiction du comportement contradictoire)[48] qu'une société-mère devait observer les règles de la bonne foi à l'égard des partenaires de sa filiale auxquels celle-ci a communiqué avec son consentement des informations de nature à éveiller leur confiance quant au caractère digne de foi et à la solvabilité du groupe de sociétés[49], qu'une fédération sportive doit observer les règles de la bonne foi à l'égard des athlètes non membres des associations qui la forment, si elle occupe envers eux une position monopolistique, notamment s'agissant des procédures de sélection aux manifestations sportives[50], ou encore que l'expert qui établit un rapport pour son mandant doit observer les règles de la bonne foi à l'égard des tiers auxquels il sait ou doit savoir que le mandant va montrer ce rapport.[51]

Par ailleurs, celui qui se déplace dans la rue peut heurter une autre personne et la blesser ou briser un objet lui appartenant et la contraindre par conséquent à dépenser de l'argent contre son gré pour se soigner ou pour acheter un objet de remplacement. Cela confirme que l'art. 2 al. 1 CC pose «*une limite à tout exercice d'un droit*»[52] et entre en ligne de compte dès que deux personnes ont un contact social, parce que l'on ne peut jamais exclure que dans un tel contact, même fortuit et indirect, l'une d'elles se retrouve du fait de l'autre dans une situation où elle ne peut plus organiser librement ses conditions d'existence.[53]

3. *Les personnes visées par l'article 2 CC*

Dans la mesure où il donne la consigne de réaliser les valeurs d'égards réciproques et de confiance mutuelle auxquelles il se réfère par son renvoi aux règles de la bonne foi, l'art. 2 CC est une règle matérielle, qui s'adresse en premier lieu à tous les titulaires de droits subjectifs. Il s'impose aussi au juge appelé à trancher un litige relatif à un tel droit, car celui-ci doit s'en remettre

47 Cf. *supra*, B.I.1.c.bb; Merz (note 2), n° 402; Hausheer/Jaun (note 2), n° 65 ad art. 2 CC; Baumann (note 2), n° 6 ss.

48 ATF 121 III 350; ATF 125 III 257, SJ 2000 I 33; ATF 130 III 113.

49 ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; v. aussi ATF 123 III 220, JdT 1997 I 242; ATF 124 III 297, JdT 1999 I 402.

50 ATF 121 III 350.

51 ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207; v. aussi SJ 2000 I 459; ATF 128 III 324, JdT 2005 I 35.

52 ATF 45 II 486; ATF 72 II 39, JdT 1946 I 386; ATF 83 II 345, JdT 1958 I 194.

53 Cf. Peter Jäggi, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zurich 1973, n° 113 ss ad intro. à l'art. 1 CO.

aux règles de la bonne foi pour apprécier les comportements des parties antérieurs au procès et déterminer l'étendue ce de droit.[54]

II. L'article 4 CC

1. Le destinataire de l'article 4 CC

L'art. 4 CC s'adresse directement au juge et lui prescrit d'appliquer «*les règles du droit et de l'équité lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs*». Il s'agit d'une règle matérielle, car elle ordonne au juge de procéder d'une certaine façon, soit selon les règles du droit et de l'équité, lorsque le législateur s'en remet à son pouvoir d'appréciation.

2. Les renvois à l'article 4 CC

a. Les renvois légaux à l'article 4 CC

D'après l'art. 4 CC, le juge doit statuer en équité lorsque lorsqu'une règle spéciale l'y invite, parce qu'elle «*réserve son pouvoir d'appréciation*» (ex.: art. 334 al. 2 et 706 al. 2 CC; art. 50 al. 2, 52 al. 2, 100 al. 2 CO), ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte des «*circonstances*» (ex.: art. 331 al. 1, 126 al. 3 CC; art. 6, 52 al. 3, 147 al. 2 CO), ou en considération de «*justes motifs*» (ex.: art. 30 al. 1, 72 al. 3 ou 185 CC; art. 226g, 337, 736 al. 4 CO).[55]

Cette énumération n'est pas exhaustive. Le juge doit également statuer comme le prescrit l'art. 4 CC lorsque la loi renvoie à l'équité, soit explicitement (ex.: art. 125 al. 1, 281 al. 2 CC; art. 26 al. 2, 54 al. 2 CO) soit implicitement, en recourant par exemple à des notions telles que «*nécessaire*» (ex.: art. 275 al. 1 CC; art. 57 al. 2 CO) ou «*opportun*» (art. 650 al. 3 CC, art. 404 al. 2 CO), ou en faisant allusion à ses facultés d'appréciation («*Kannvorschriften*»; ex.: art. 28 al. 2 CC, 125 al. 3 CC, 334 al. 2 C; art. 43 al. 1bis, 47 et 49 CO).[56]

Il est aussi possible que le juge applique l'art. 4 CC parce que la doctrine a donné à une notion utilisée dans une disposition légale un sens qui comporte un renvoi à son pouvoir d'appréciation. Ainsi, pour déterminer si le rapport

---

54 ATF 38 II 459, JdT 1913 I 399; Egger (note 3), n° 7 ad art. 2 CC; Gmür (note 24), n° 18 s. ad art. 2 CC; Deschenaux (note 1), p. 140 s.; Merz (note 2), nos 29 et 31.

55 Pour d'autres exemples, cf. Hausheer/Jaun (note 2), n° 8 ss ad art. 4 CC; Deschenaux (note 1), p. 128; Manaï (note 3), p. 106; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zu Art. 1 und 4 ZGB, Berne 1962, n° 60 ss ad art. 4 CC.

56 ATF 123 III 306; ATF 124 III 153, JdT 1998 I 656; ATF 126 III 209, SJ 2000 I 302. Pour d'autres exemples, cf. Manaï (note 3), p. 107; Deschenaux (note 1), p. 129; Meier-Hayoz (note 55), n° 70 ss ad art. 4 CC.

de causalité entre un comportement et un préjudice est adéquat, le juge doit se demander si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, ce fait était propre à provoquer un résultat du type de celui qui s'est produit.[57] Cette notion, élaborée à la base par la doctrine pour préciser quand il était équitable de reprocher à quelqu'un d'avoir causé un préjudice (cf. par ex. art. 41 al. 1 CO: *«celui qui cause* (...) *un dommage à autrui...»*)[58] fait appel aux facultés d'appréciation du juge. Elle contient donc un renvoi implicite à l'art. 4 CC.[59]

b. Les renvois jurisprudentiels à l'article 4 CC

Le juge peut être amené à appliquer l'art. 4 CC en vertu d'une règle jurisprudentielle.

Tel est en particulier le cas du principe de la confiance et de celui du comblement des lacunes du contrat par recours à la volonté hypothétique des parties.[60] En effet, d'après le TF, le principe de la confiance sert à déterminer si le destinataire d'une manifestation de volonté pouvait et devait raisonnablement la comprendre comme il l'a fait, compte tenu de l'ensemble des circonstances.[61] Quant au recours à la volonté hypothétique des parties, il s'impose selon le TF lorsque le contrat est muet sur une question qu'il n'est pas non plus possible de régler sur la base du droit supplétif; le juge doit alors déterminer ce que les parties auraient raisonnablement convenu si elles avaient vu la question, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas.[62] Par leur référence aux circonstances, ces deux règles jurisprudentielles contiennent un renvoi clair à l'art. 4 CC.

---

57 ATF 123 III 110; SJ 2004 I 407.

58 Oftinger/Stark (note 1), § 3, n° 14 ss.

59 ATF 123 III 110; SJ 2004 I 407; Meier-Hayoz (note 55), n° 68 ad art. 4 CC.

60 *Supra*, B.I.1.a

61 Cf. les arrêts cités *supra* ad note 36.

62 ATF 48 II 372, JdT 1923 I 58; ATF 72 II 25, JdT 1946 I 377; ATF 83 II 297, JdT 1958 I 474; ATF 107 II 149; ATF 111 II 260; ATF 113 II 484, JdT 1990 I 210. Selon le TF, le recours à la volonté hypothétique des parties ne se confond pas avec le principe de la confiance, puisqu'il ne consiste pas à imputer à une partie la volonté que l'autre lui prête à tort, mais à choisir une solution correspondant à la volonté présumée des deux parties, cf. ATF 83 II 297, JdT 1958 I 474.

C. Le rôle des articles 2 et 4 CC dans le système du Code civil

I. Le caractère volontairement incomplet du Code civil

1. Le principe du code populaire

Avec le Code civil français de 1804, l'ABGB de 1811 et le BGB de 1896, le CC de 1907 est l'une des codifications qui a servi de modèle aux codes élaborés au cours du vingtième siècle et qui jouent encore un rôle dans les travaux relatifs à un éventuel code civil européen.[63] Cette influence, le CC la doit pour l'essentiel à la forme de sa rédaction et à la méthode de mise en œuvre du droit qui en résulte pour le juge.[64] C'est là le résultat de ce que notre code a été voulu comme une loi populaire, censée donner à tout homme intelligent le sentiment qu'elle a été dictée «*par son cœur et sa raison*».[65] D'après Eugen Huber, puisque la loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire, ses règles doivent être intelligibles même pour le profane, à savoir «*pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues de par leur profession à se familiariser avec le droit*».[66] Il songeait ici au fait que les juges qui allaient appliquer le code étaient fréquemment des laïcs, sans formation juridique, ce qui a motivé sa célèbre formule: «*il faut à nos tribunaux populaires des lois éminemment pratiques*».[67]

2. L'incomplétude du code comme conséquence de son caractère populaire

L'exigence d'intelligibilité et de praticabilité du code, qui découle de son caractère populaire, se manifeste à plusieurs niveaux.

Elle s'exprime tout d'abord dans la simplicité et la clarté du texte de ses dispositions.[68]

Elle apparaît aussi dans le caractère volontairement incomplet du CC.[69] Selon Eugen Huber, en effet, si la mission du législateur est d'exprimer dans les règles qu'il édicte les principes généraux à la base de notre conscience du

---

63 Zweigert/Kötz (note 11), p. 169 et 175; Peter Liver, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung, Berne 1962, n° 163 ss; Bernhard Schnyder, Zürcher Kommentar, Allgemeiner Einleitung zu Art. 1–10 ZGB, Zurich 1998, n° 221; Ole Lando, On Legislative Style and Structure, Revue européenne de droit privé, vol. 14, n° 4/2006, p. 475 ss, spéc. p. 484.

64 Zweigert/Kötz (note 11), p. 175; Lando (note 63), p. 484.

65 Huber (note 12), p. 2; cf. aussi FF 1904 IV p. 8.

66 Huber (note 12), p. 10.

67 Huber (note 12), p. 21; Caroni (note 16), p. 39 ss; Jean-Philippe Dunand, Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?, in: Pierre Tscharnen (éd.), La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse, Zurich 2005, p. 53 ss, spéc. p. 65.

68 Huber (note 12), p. 12; Dunand (note 67), p. 65 ss; Zweigert/Kötz (n, 11), p. 170.

69 Egger (note 3), n° 33 ad Intro. générale; Liver (note 63), n° 126; Schnyder (note 63), n° 238; Zweigert/Kötz (note 11), p. 169 et 171.

droit, elle doit néanmoins se concilier avec le besoin d'avoir une loi intelligible et pratique, et conduire par conséquent à l'élaboration de normes immédiatement applicables à des situations concrètes.[70] A la différence du législateur allemand (cf. les §§ 1 à 240 BGB), le législateur suisse a donc renoncé à commencer le CC par une partie générale définissant les notions communes à tous ses autres chapitres, et laissé à la doctrine le soin d'analyser les fondements du droit privé.[71] Sur le modèle français, il s'est contenté d'un titre préliminaire (art. 1–10 CC), qui indique en substance comment s'applique le CC (art. 1–4 CC) et quelle est sa portée par rapport à d'autres domaines du droit (art. 5–10 CC).[72]

Ce souci d'avoir un code clair et simple a également conduit à «*sacrifier l'accessoire au principal, ce qui est l'exception à ce qui est la règle*».[73] Il a été décidé de ne pas rédiger une règle spéciale pour chaque situation où les principes généraux du droit que le législateur cherchait à exprimer pouvaient entrer en considération, mais de se contenter de traiter les hypothèses présumées les plus importantes dans la vie courante.[74]

Pour finir, le but éminemment pratique de la loi a commandé que les dispositions du CC, tout en étant assez précises pour s'appliquer directement à des situations individuelles, restent aussi suffisamment générales pour que leur texte demeure simple et que l'on puisse identifier l'idée qu'elles expriment. On a donc assumé que les normes du CC ne pouvaient pas toujours décrire en détail tous les états de fait qu'elle visaient et laissé certaines d'entre elles intentionnellement imprécises.[75]

II. La fonction des articles 2 et 4 CC dans un code volontairement incomplet

1. La fonction de l'article 2 CC

L'insertion de l'article 2 CC dans le code peut à première vue surprendre. Il énonce en effet le principe général (l'injonction d'agir selon les règles de la bonne foi) à la base, selon Eugen Huber, des droits et des devoirs en société. A ce titre, il forme la *ratio legis* de toutes les dispositions du CC, dans la mesure

70 Huber (note 12), p. 8.

71 Huber (note 12), p. 10 et 19–21; Hausheer/Jaun (note 2), n° 9 ss ad Intro. aux art. 1–10 CC; Merz (note 14), p. 22; Hans-Peter Friederich, Berner Kommentar zu Art. 7 ZGB, Berne 1962, n° 19 ss.

72 FF 1904 IV13; BSt CN 1904, p. 1036 et 1038; Huber (note 12), p. 26; Egger (note 3), n° 3 ad Intro. générale; Schnyder (note 63), n° 80.

73 Huber (note 12), p. 9.

74 Huber (note 12), p. 9

75 Huber (note 12), p. 7–9 et 14; Meier-Hayoz (note 55), n° 262 ad art. 1 CC, n° 33 ad art. 4 CC; Hausheer/Jaun, n° 1 ad art. 4 CC.

où elles concernent directement ou indirectement les droits subjectifs. L'art. 2 CC apparaît ainsi comme typique d'une partie générale, à laquelle le législateur a précisément renoncé.

L'idée d'intégrer une règle comme l'art. 2 CC dans le code n'est d'ailleurs pas apparue tout de suite lors des travaux préparatoires. L'avant-projet du DFJP de 1900 ne contenait pas de norme équivalente à l'art. 2 CC, parce que Eugen Huber avait considéré que le code devait se contenter d'exposer les manifestations les plus typiques des règles de la bonne foi, ce qui était dans la logique de son idée selon laquelle il ne fallait traduire les principes généraux dans une disposition spéciale que lorsqu'on y voyait une véritable nécessité pratique. Il a en particulier estimé que le principe selon lequel nul ne doit exercer son droit dans le seul but de nuire à autrui était certainement applicable en droit des obligations, mais n'avait d'importance pratique que pour la propriété foncière, raison pour laquelle l'avant-projet n'en traitait qu'à son art. 644 al. 2.[76]

Eugen Huber a ajouté la précision suivante dans l'Exposé des motifs: *«lorsque le législateur sacrifie le principe général à un besoin d'intelligibilité immédiate et n'édicte de règle que pour des espèces déterminées, on doit laisser au juge, interprétant largement la loi, le soin de découvrir le principe général contenu dans la règle particulière et d'en déduire, pour d'autres cas, la solution correspondant à cette règle».*[77] Le juge auquel est soumise une situation que le législateur a renoncé à traiter dans une règle spéciale par souci de simplicité de la loi est donc tenu de statuer. A ce titre, il doit régler le litige individuel qui lui est soumis comme l'aurait fait le législateur s'il avait lui-même traité le problème, c'est-à-dire en lui trouvant une solution normative à partir des principes généraux que le législateur cherche à exprimer dans les règles qu'il édicte.

L'art. 2 CC peut en conséquence se comprendre comme une disposition finalement introduite dans le titre préliminaire pour aider le juge à s'orienter dans cette démarche complétive: en proclamant le principe dont découlent en définitive toutes les dispositions du code, l'art. 2 CC lui épargne le travail d'avoir à l'identifier à partir de ces règles spéciales et le rend en même temps attentif au fait qu'il devra toujours procéder en considération de ce principe fondateur des droits et devoirs en société.[78]

---

76 *Supra*, B.I.1.b; HUBER (note 12), p. 9.

77 HUBER (note 12), p. 10; pour les rapports avec l'art. 7 CC, cf. HUBER, op. cit., p. 20; FRIEDERICH (note 71), n° 29 ad art. 7 CC.

78 BSt. CN 1904, p. 1036 et 1038; ATF 72 II 39, JdT 1946 I 386; EGGER (note 3), n° 33 ad Intro. générale, n° 7 ad art. 2 CC; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2e éd. Berne/Munich/Vienne 2005, p. 66. Voir aussi PETER LIVER, Begriff und System in der Rechtsetzung, RDS 1974, p. 167 ss.

2. *La fonction de l'article 4 CC*

Vu son champ d'application[79], l'art. 4 CC se réfère aux dispositions que le législateur a volontairement laissées incomplètes par souci d'avoir un code pratique.[80] Là encore, c'est au juge d'apporter les précisions nécessaires, en adaptant ces normes aux circonstances de l'espèce.[81] Eugen Huber a précisé à ce propos que «*Même lorsque la loi s'en remet à l'appréciation du juge, elle implique un commandement. Elle enjoint alors au juge de ne pas prononcer, sur une appréciation superficielle et formaliste des choses, mais de méditer sa sentence et de ne la rendre que d'après sa conviction que, dans de telles circonstances données, le droit applicable est bien celui qu'il applique*».[82]

De façon similaire à ce qui se passe dans le cadre l'art. 2 CC, le juge confronté à une norme laissée volontairement incomplète doit donc trouver la solution équivalente à celle à laquelle le législateur serait parvenu s'il avait élaboré la norme jusqu'au bout.

3. *Le caractère habilitant des articles 2 et 4 CC*

Les art. 2 et 4 CC sont par conséquent des *normes habilitantes*, par lesquelles le législateur délègue au juge la mission de pallier au caractère volontairement incomplet du code, en jouant le rôle d'un législateur de remplacement.[83]

Ce pouvoir important conféré au juge n'est a priori pas inconciliable avec le caractère populaire du CC. Si le juge est fréquemment un laïc (ce qui était vrai en 1907 et l'est peut-être encore aujourd'hui, du moins en première instance), il est proche du justiciable et par là à même d'élaborer du droit «*populaire*».[84] En outre, le complètement du code par recours au juge permet dans l'idéal d'adapter la loi à la complexité et à l'évolution sociale, sans passer par la lourdeur d'une intervention législative, et de préserver de la sorte son caractère pratique.[85]

Le champ d'application des art. 2 et 4 CC a au demeurant été voulu limité. L'art. 4 CC ne s'applique que lorsque la loi ordonne l'appréciation du juge et

---

79 *Supra*, B.II.

80 Huber (note 12), p. 14.

81 Huber (note 12), p. 11; Egger (note 3), n° 33 ad Intro. générale, n° 1 ad art. 4 CC; Meier-Hayoz (note 55), n°s 19 et 33 ad art. 4 CC; Hausheer/Jaun (note 2) n° 1 ad art. 4 CC.

82 Huber (note 12), p. 11.

83 Kramer (note 78), p. 63 ss et 166 et 240 s.; Egger (note 3), n° 33 ad Intro. générale; Merz (note 2), n°s 29 et 31; Meier-Hayoz (note 55), n°s 262 s. et 413 ad art. 1 CC; Deschenaux (note 1), p. 92, 122 s. et 140 s.

84 Caroni (note 16), p. 40; id., Gesetz und Gesetzgbuch, Bâle/Genève/Munich 2003, p. 80; Dunand (note 67), p. 65.

85 Kramer (note 78), p. 63 ss; cf. toutefois les critiques de Caroni (note 16), p. 197 s. et (note 84), p. 81 ss.

non chaque fois que celui-ci se trouve en présence d'une norme qui recourt à des notions à contenu indéterminé.[86] En tant que norme habilitante, l'art. 2 CC n'a pour sa part qu'une portée subsidiaire: il n'autorise le juge à construire lui-même une norme par recours aux règles de la bonne foi que lorsque le législateur n'a pas déjà élaboré une règle immédiatement applicable à un cas d'espèce, elle-même forcément inspirée plus ou moins directement des règles de la bonne foi, vu leur rôle de principe directeur du droit. Dans l'esprit du législateur, le recours immédiat à l'art. 2 CC devait être d'autant plus restreint que les règles spécifiques du code était censées embrasser les situations les plus importantes de la vie courante.[87]

III. Les rapports avec les articles 1 et 3 CC

1. Les rapports entre l'art. 1 CC et les art. 2 et 4 CC

a. La mise en œuvre des art. 2 et 4 CC dans le cadre de l'interprétation de la loi

La mise en œuvre des art. 2 et 4 CC relève encore de l'interprétation selon l'art. 1 al. 1 CC, cela pour plusieurs raisons.

Premièrement, les art. 2 et 4 CC sont des normes matérielles.[88] Dès lors, quand le juge se demande comment déterminer l'étendue d'un droit subjectif en fonction des règles de la bonne foi (art. 2 CC) ou préciser le contenu d'une norme selon le droit et l'équité (art. 4 CC), il cherche indirectement à préciser le sens des art. 2 et 4 CC et procède de ce fait à leur interprétation.[89]

Les art. 2 et 4 CC sont certes aussi des normes habilitantes, qui autorisent le juge à construire ou préciser lui-même une norme, lorsque le législateur a volontairement renoncé à le faire. Le juge ne procède alors toutefois pas à partir de rien. Lorsqu'il élabore une règle à l'aide de l'art. 2 CC, il s'en remet au principe général, qui fonde les droits et les devoirs en société, pour la réalisation de l'harmonie sociale. Autrement dit, lorsque le juge applique les règles de la bonne foi, il recherche l'esprit de la loi (art. 1 al. 1 CC), en considération de son but et des valeurs qui la fondent.[90] L'art. 2 al. 2 CC, qui forme en somme le miroir de l'art. 2 al. 1 CC, se rapporte également à cette analyse, plus précisément à la réduction téléologique, qui permet de ne pas appliquer

---

86 Meier-Hayoz (note 55), n° 68 ad art. 4 CC; Deschenaux (note 1), p. 12 ss; cf. toutefois *supra*, B.II.

87 *Supra*, C.I.2. Sur la subsidiarité de l'art. 2 CC, voir Merz (note 2), n° 49; Deschenaux (note 1), p. 144 s.; Peter Loser, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, Berne 2006, n° 1141.

88 *Supra*, B.I.2 et B.II.

89 Cf. Deschenaux (note 1), p. 92.

90 *Supra*, B.I.1.a et B.I.1.c.aa.

une norme à une situation donnée si sa lettre paraît trop large par rapport à sa finalité.[91] Par ailleurs, lorsqu'il statue selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge complète le contenu d'une norme que le législateur a intentionnellement laissé ouvert. Cela concerne encore l'interprétation, puisqu'il s'agit en définitive de déterminer aussi précisément que possible le sens de cette norme.[92]

Au demeurant, il n'est pas possible d'assimiler un code volontairement incomplet à un code lacunaire (art. 1 al. 2 CC). Lorsque le législateur s'abstient d'élaborer des règles de détail par souci de conserver un code simple, il ne commet ni oubli (lacune véritable), ni erreur (lacune improprement dite), mais procède d'une façon qui s'apparente à un silence qualifié[93], avec cette différence qu'elle vise des cas où le législateur s'est tu non parce qu'il ne voulait pas qu'un problème soit traité, mais bien au contraire parce qu'il estimait que le juge était le mieux placé pour le résoudre.[94]

L'interprétation de la loi à laquelle conduisent les art. 2 et 4 CC doit toutefois être qualifiée de large: pour reprendre les termes d'Eugen Huber, le juge qui applique les art. 2 et 4 CC «*interprète largement la loi*»[95], car il ne recherche pas exclusivement le sens d'une norme[96]; il élabore en même temps tout (art. 2 CC) ou partie (art. 4 CC) d'une règle nouvelle.[97]

b. Les rapports avec le comblement des lacunes de la loi

L'interprétation large à laquelle conduisent les art. 2 et 4 CC implique que le juge peut faire œuvre de législateur même dans le cadre de l'art. 1 al. 1 CC. Cela n'est pas sans conséquence sur la portée de l'art. 1 al. 2. En effet, si l'art. 1 al. 1 CC permet de rechercher le sens de la loi «*aussi loin qu'une interprétation quelconque peut faire porter son esprit*»[98], il en découle forcément une restriction du concept de lacune de la loi.

Lorsque, dans le contexte d'un code volontairement incomplet, le juge constate que les règles spéciales du code n'apportent pas d'elles-mêmes une solution au problème posé, sans qu'il y ait un silence qualifié ou renvoi à l'art.

---

91 ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162; ATF 129 III 656; Kramer (note 78), p. 196 s. et 202; Huwiler (note 13), p. 59; id., Privatrecht und Methode, recht, Studienheft 5, Berne 1999, p. 18 ss.

92 Egger (note 3), n° 8 ad art. 4 CC.

93 Sur cette notion, cf, p. ex. ATF 125 III 425; Meier-Hayoz (note 55), n° 255 s. ad art. 1 CC; Deschenaux (note 1), p. 90 s.

94 Honsell (note 11), n° 9 ad art. 4 CC.

95 Huber (note 12), p. 10; *supra*, C.II.1.

96 Cf. p. ex. ATF 129 III 656.

97 Egger (note 2), n° 33 ad intro générale; n° 8 ad art. 4 CC; Kramer (note 76), p. 166 et 241.

98 Huber (note 12), p. 30.

4 CC (ce qui exclut d'emblée une lacune de la loi), il ne peut retenir une lacune véritable que si la mise en œuvre des règles de la bonne foi ne lui permet pas de construire une règle supplétive en restant dans le cadre de l'interprétation. Cette mise en œuvre peut s'effectuer soit par recours direct à l'art. 2 CC, soit, vu sa subsidiarité, par une application analogique des dispositions expresses du code, qui s'inspirent (nécessairement) des règles de la bonne foi pour traiter des situations équivalentes au cas d'espèce (analogie légale) ou dont il peut inférer une règle plus abstraite transposable à ce cas (analogie globale)[99]. Quant à une lacune improprement dite, elle peut être retenue lorsque l'interprétation montre que le législateur a voulu une solution contraire aux règles de la bonne foi, qui ne respecte donc pas les buts et les valeurs les plus essentiels du code.[100]

Cette conception restrictive de la lacune correspond à celle d'Eugen Huber, pour lequel: *«Die Lücke liegt vor, wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte»*[101], et rejoint aussi l'avis d'une partie de la doctrine.[102] Par ailleurs, bien que le TF ne s'y soit expressément rallié que dans un arrêt ancien[103], cette conception permet d'expliquer pourquoi il ne s'en est pas remis à l'art. 1 al. 2 CC dans des décisions plus récentes où il a appliqué par analogie des normes spécifiques du droit positif pour trancher une question non réglée par la disposition litigieuse.[104]

L'art. 1 al. 2 CC constitue néanmoins le prolongement logique de l'interprétation élargie: si le législateur délègue au juge le soin de combler à sa place les ouvertures qu'il a volontairement laissées dans le code, parce qu'il s'agit d'une solution pratique et donc conforme au caractère populaire de la loi, il est normal d'autoriser en outre le juge à prendre la place du législateur lorsque celui-ci a involontairement laissé un vide impossible à combler au moyen de l'interprétation large.[105]

---

99 On peut par exemple envisager une lacune véritable lorsque survient un progrès technique tellement inattendu qu'il sort de toutes les prévisions du législateur (ce qui d'après le TF, n'était pas le cas de la découverte du film parlant, cf. ATF 74 II 106, JdT 1949 I 62). Sur l'analogie, cf. Meier-Hayoz (note 55), n° 346 ss ad art. 1 CC; Deschenaux (note 1), p. 105 et 107; Andreas Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zurich 2004, p. 252.

100 ATF 129 III 656.

101 Huber (note 13), p. 354

102 Huwiler (note 91), p. 15; Abegg, (note 99), p. 254 ss; v. aussi Kramer (note 78), p. 174.

103 ATF 74 II 106, JdT 1949 I 62.

104 P. ex.: ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586 (application par analogie de l'art. 20 al. 2 CO dans le cadre de l'art. 21 CO, sans que le TF indique clairement s'il statue dans le cadre de l'art. 1 al. 1 CC ou dans celui de l'art. 1 al. 2 CC); ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331 (application par analogie de l'art. 320 al. 3 CO pour justifier l'effet *ex nunc* de l'invalidation des contrats de durée); ATF 130 III 182, JdT 2005 I 3 (application par analogie de l'art. 44 CO dans le cadre de la LVF, au motif qu'il exprime un principe général du droit suisse).

105 Egger (note 3), n° 33 ad Intro. générale.

2. *Les rapports entre l'art. 3 CC et les art. 2 et 4 CC*

Comme l'indique son alinéa 1 («*La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit*»), l'art. 3 CC ne s'applique que lorsqu'une norme subordonne explicitement (ex.: art. 933 et 973 CC; art. 26, 64 ou 164 al. 2 CO) ou implicitement (ex.: art. 33 al. 3 CO) la réalisation de ses conditions à l'existence d'une bonne foi chez la personne qu'elle cherche à protéger. L'art. 3 CC ne définit pas la notion de bonne foi[106]; on peut la comprendre en substance comme le fait de développer une confiance infondée dans l'existence d'une certaine situation juridique.[107]

L'art. 3 al. 1 CC pose la présomption réfragable que cette bonne foi existe. Si cette présomption ne peut pas être renversée, la bonne foi ainsi avérée ne mérite protection que si, selon l'art. 3 al. 2 CC, elle est compatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de son titulaire.[108]

La bonne foi de l'art. 3 al. 1 CC (*Guter Glaube*) est un fait interne, dont il s'agit de vérifier l'existence. Elle se distingue donc des règles de la bonne foi (*Treu und Glauben*) dont parle l'art. 2 CC, qui ont un caractère normatif et servent à apprécier objectivement un comportement.[109]

L'art. 3 al. 2 CC repose en revanche sur l'idée que chacun doit se comporter selon les règles de la bonne foi. En soi, celui qui ne fait pas preuve de toute l'attention commandée par les circonstances ne se comporte pas d'une façon contraire aux règles de la bonne foi. Il adopte en revanche un comportement déloyal s'il se prévaut de son ignorance d'un certain fait pour faire supporter ce manque d'attention par une autre personne.[110] L'art. 3 al. 2 CC matérialise ainsi une idée qui s'exprime aussi dans le principe de la confiance, puisqu'il permet à une personne d'opposer à une autre l'apparence d'une manifestation de volonté à laquelle elle s'est raisonnablement fiée.[111] D'ailleurs, comme le principe de la confiance, l'art. 3 al. 2 CC renvoie le juge à l'art. 4 CC, car il lui ordonne de statuer en fonction des circonstances.[112]

L'art. 3 CC est une règle d'application du droit, qui explique comment savoir si la bonne foi existe (art. 3 al. 1 CC) et est excusable (art. 3 al. 2 CC) lorsqu'elle est un élément constitutif d'une disposition légale.[113] Sa mise en

---

106 FF 1904 IV 14.

107 ATF 99II 131, JdT 1974 I 130; Morin (note 39), p. 83.

108 ATF 131 III 511; ATF 119 II 25; Deschenaux (note 1), p. 201 ss; Hausheer/Jaun (note 2), n° 34 ss ad art. 3 CC.

109 Deschenaux (note 1), p. 147 et 201; Hausheer/Jaun (note 2) , n° 6 ad art. 3 CC.

110 Deschenaux (note 1), p. 213; Hausheer/Jaun (note 2), n° 9 ad art. 3 CC.

111 Morin (note 39), p. 101 s.

112 Deschenaux (note 1), p. 129; Manaï (note 3), p. 106; Meier-Hayoz (note 55), n° 64 ad art. 4 CC.

113 FF 1904 IV 14; SJ 2004 I 85; Deschenaux (note 1), p. 217; Hausheer/Jaun (note 2), n° 8 ad art. 3 CC; Caroni (note 16), p. 217; Honsell (note 24), n° 23 ad art. 3 CC.

œuvre relève par conséquent clairement de l'interprétation de la loi au sens de l'art. 1 al. 1 CC.

On notera au surplus que les normes qui renvoient à l'art. 3 CC peuvent trouver leur fondement dans les règles de la bonne foi. Tel est en particulier le cas des normes qui protègent la bonne foi d'une personne aux dépens de la personne qui l'a suscitée en créant une apparence juridique fallacieuse (ex: art. 933 CC; art. 18 al. 2, 26, 34 al. 3, 36 al. 2 ou 39 CO). Elles se rattachent en effet à l'interdiction du comportement contradictoire (art. 2 al. 2 CC), car elles sanctionnent le fait qu'une personne a provoqué ou entretenu la confiance infondée et objectivement légitime d'une autre personne dans l'absence d'un vice juridique, soit dans un fait propre à amener celle-ci à prendre des dispositions qui lui seront défavorables en cas de déception de cette confiance.[114]

D. La mise en œuvre des articles 2 et 4 CC

I. L'exigence de spécification

1. L'interdiction d'un renvoi pur et simple aux règles de la bonne foi ou à l'équité

Le juge qui applique l'art. 2 CC ne peut pas motiver sa décision en affirmant purement et simplement qu'elle est conforme aux règles de la bonne foi. L'art. 2 CC est en effet une clause générale, puisqu'il introduit, par sa référence aux règles de la bonne foi, des considérations très générales d'ordre éthique dans la mise en œuvre du droit.[115] Il représente même la clause générale par excellence, car il se rapporte à l'idéal d'harmonie qui constitue l'essence du droit.[116] Les valeurs exprimées à l'art. 2 CC ont donc un caractère tellement vague qu'on enlèverait toute prévisibilité au droit et qu'on viderait la liberté individuelle de toute portée si on autorisait le juge à se baser directement sur le principe de la bonne foi pour délimiter la portée des droits subjectifs par simple référence à ce qui est désirable d'un point de vue éthique et social.[117]

Par exemple, le juge ne peut pas reprocher à quelqu'un d'avoir commis un acte illicite (art. 41 CO) pour le seul motif qu'il a violé les règles de la bonne

114 *Supra*, B.I.1.c.bb; Morin (note 39), p. 89 et 91 s.

115 ATF 83 II 345, JdT 1958 I 194; ATF 113 II 203; Egger (note 3), n° 1 ad art. 2 CC; Merz (note 2), n° 29 s.; Deschenaux (note 1), p. 140 s.; Caroni (note 16), p. 189 s.; Honsell (note 11), n° 3 ad art. 2 CC; Baumann (note 2), n° 3 ad art. 2 CC; Ernst Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchverbot, Zurich 1980, p. 224).

116 Kramer (note 78), p. 61; Huwiler (note 91), p. 23; voir aussi Justus Wilhelm Hedemann, Die Flucht in die Generalklausel, Tübingen 1933, p. 6.

117 ATF 107 Ia 206; Merz (note 2), n° 32; Deschenaux (note 1), p. 141; Caroni (note 16), p. 195 ss; Hedemann (note 116), p. 66 ss.

foi. En revanche, comme l'art. 2 CC vise toutes les prérogatives déduites de la liberté individuelle et s'applique dès que deux personnes ont un contact social, même fortuit, il est possible de considérer que les devoirs généraux dont la violation constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO sont des concrétisations des règles de la bonne foi, parce qu'il concernent des intérêts tellement vitaux (vie, santé, personnalité, intégrité matérielle) que leur préservation est la condition *sine qua non* de toute vie sociale, si bien que leur respect s'impose à tout le monde.[118] Le juge ne tombe donc pas dans l'arbitraire s'il considère que quelqu'un a commis un acte illicite parce qu'il a violé un devoir général déterminé, par exemple l'interdiction de léser les biens corporels d'autrui, tout en précisant que ce devoir trouve son fondement dans les règles de la bonne foi.[119]

Le juge qui statue selon l'art. 4 CC doit également éviter l'arbitraire. Il ne peut donc pas se laisser inspirer par des critères subjectifs, ou statuer selon sa fantaisie ou son humeur, ni motiver sa décision en se contentant de dire qu'elle est équitable.[120]

2. *Les buts de la spécification*

Si l'exigence de spécification se fonde déjà sur l'interdiction de l'arbitraire, elle s'explique aussi par la fonction habilitante des art. 2 et 4 CC.

Puisque ces dispositions manifestent la délégation par le législateur au juge de la tâche de construire ou compléter une règle relative à une situation déterminée, celui-ci doit se mettre à la place du législateur et procéder comme ce dernier l'aurait fait s'il avait lui-même élaboré ou complété la norme relative à la situation litigieuse.[121] S'il applique l'art. 2 CC, il doit élaborer une règle spéciale, qui adapte son contenu à un état de fait typique, en le reprenant explicitement ou en s'en inspirant comme d'une idée directrice, et qui permet ainsi de préciser la portée des droits subjectifs, sous la forme d'une injonction

---

118 ATF 119 II 127, JdT 1994 I 298. Il peut éventuellement s'agir aussi d'intérêts patrimoniaux qui apparaissent d'emblée et comme tels exposés à des comportements de tiers quelconques propres à les léser, au point que nul ne prendrait la peine de s'impliquer dans la vie sociale sans l'assurance générale que l'ordre juridique prohibe de tels comportements (cf. p. ex. ATF 105 II 85). La protection par quiconque de l'intérêt de tous aux bonnes mœurs (art, 41 al. 2 CO) peut aussi se voir comme une concrétisation des règles de la bonne foi, car elle se rapporte aux usages que chacun doit observer en société, cf. Oftinger/Stark (note 1), § 16 n° 197 s.

119 Egger (note 3), n° 23 ad art. 2 CC; Merz (note 2), n° 84 ad art. 2 CC.

120 FF 1904 IV 14; ATF 33 II 509; ATF 63 I 264, JdT 1938 I 158; ATF 70 I 218, JdT 1945 I 300; Huber (note 12), p. 11; Egger (note 3), n° 14 ad art. 4 CC; Deschenaux (note 1), p. 124 et 132; Meier-Hayoz (note 55), n° 48 ad art. 4 CC; Hausheer/Jaun (note 2), n° 2 ad art. 4 CC; Manaï (note 3), p. 80.

121 Huber (note 12), p. 10 s.

positive (art. 2 al. 1 CC) ou d'une interdiction (art. 2 al. 2 CC).[122] S'il applique l'art. 4 CC, il doit achever le travail du législateur et préciser l'état de fait ou la conséquence juridique de la norme que celui-ci a volontairement laissée ouverte, compte tenu des limites de cette norme.[123] Dans les deux cas, le juge procédera à une pesée des intérêts en présence, soit pour déterminer dans quelle mesure la liberté d'une partie peut l'emporter sur celle de l'autre dans la norme à créer (art. 2 CC)[124], soit pour placer sa solution dans la constellation d'intérêts de la norme à compléter (art. 4 CC).

La démarche du juge est donc similaire à celle qui s'impose à lui dans le cadre de l'art. 1 al. 2 CC[125], ce qui est logique, puisque lorsqu'il comble une lacune de la loi, il doit également faire œuvre de législateur et trouver une solution non seulement propre à trancher le litige particulier qui lui est soumis, mais aussi apte à fournir des critères suffisamment généraux et abstraits pour pouvoir être utilisés à l'avenir dans d'autres situations concrètes.[126]

Par conséquent, et comme il ferait en cas de comblement d'une lacune, le juge qui applique l'art. 2 ou l'art. 4 CC doit tenir compte des circonstances du cas d'un point de vue objectif, en considération de leur typicité et non de la seule situation personnelle des parties.[127]

Par exemple, le juge qui doit déterminer selon l'art. 3 al. 2 CC (ou selon le principe de la confiance), qui renvoie à l'art. 4 CC, si la bonne foi d'une personne est compatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle doit déterminer si ce qu'a cru cette personne correspond à ce qu'aurait cru une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances qu'elle lorsqu'elle a développé sa confiance. Puisque le juge doit trancher un litige particulier, il ne peut pas s'en remettre à n'importe quelle personne raisonnable, mais à la représentation idéalisée de la personne qui a eu confiance, c'est-à-dire à un individu hypothétique placé dans les mêmes circonstances matérielles et temporelles que celle-ci et partageant sa position sociale. Ainsi, si celui qui a eu confiance est le client d'une banque, on se demandera comment aurait réagi à sa place le client raisonnable d'une banque; si c'est un

122 Merz (note 2), n° 28.

123 Meier-Hayoz (note 55), n° 41 ss ad art. 4 CC; Deschenaux (note 1), p. 131; Hausheer/Jaun (note 2), n° 19 ad art. 4 CC.

124 Pour un exemple, cf. *supra*, B.I.c.bb.

125 Huber (note 12), p. 10 s. et 31; Kramer (note 78), p. 242 ss.

126 Huwiler (note 91), p. 22 s.; Deschenaux (note 1), p. 101 et 127; Merz (note 2), n°s 29 et 45; Meier-Hayoz (note 55), n° 19 s. ad art. 4 CC; Honsell (note 11), n° 10 ad art. 4 CC.

127 ATF 126 III 129, SJ 2000 I 459; Kramer (note 78), p. 242 s.

banquier, on se demandera comment aurait réagi à sa place un banquier raisonnable.[128]

Le juge doit également veiller à ce que sa solution s'insère dans l'ordre juridique.[129] Elle doit respecter le droit constitutionnel (cf. art. 37 CF).[130] Elle doit de plus rentrer dans le système du CC. Vu le caractère populaire du code, cela implique qu'elle soit simple, claire et conforme aux exigences de la vie pratique; ce souci peut conduire le juge à spécifier les règles de la bonne foi dans une norme qui renvoie elle-même à l'art. 4 CC.[131] La solution jurisprudentielle doit en outre s'harmoniser avec les autres règles du droit privé, y compris celles déjà déduites des art. 2 et 4 CC.[132] L'art. 2 CC s'impose donc aussi au juge qui applique l'art. 4 CC.[133]

Le TF n'a pas toujours respecté ce critère de l'insertion dans sa jurisprudence relative à l'art. 2 CC. Ainsi, il a jugé que la responsabilité fondée sur la confiance sanctionnait la violation d'obligations déduites de l'art. 2 CC, mais constituait une responsabilité d'un troisième type, sise entre contrat et délit. Il a refusé dès lors de la soumettre à l'art. 97 CO, sans expliquer les raisons précises qui l'amenaient à juger contre l'avis de la doctrine majoritaire et les solutions du droit comparé (p. ex. le § 311 BGB) que, malgré son texte clair, cette disposition ne s'appliquait pas à toutes les obligations, indépendamment de leur source et de leur contenu.[134]

II. La prise en compte du droit existant

1. La recherche de points d'appui dans le droit positif

Dans la conception étroite de la notion de lacune de la loi qu'induit le concept d'interprétation élargie, le juge doit construire une norme *ex nihilo*, sans pouvoir s'appuyer sur une règle expresse du code, puisque c'est précisément l'échec de cette interprétation qui le conduit à appliquer l'art. 1 al. 2 CC.[135] Il

---

128 ATF 119 II 25; ATF 122 III 1, JdT 1997 I 154; ATF 131 III 418; Deschenaux (note 1), p. 216; Peter Gauch, Der Vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Paul-Henri Steinauer (éd.), L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, p. 177 ss.; Alfred Koller, Der Gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Fribourg 1985, n° 146 ss; Peter Jäggi, Berner Kommentar zu Art. 3 ZGB, n° 126 ad art. 3 CC.

129 ATF 126 III 129, SJ 2000 I 459.

130 Hausheer/Jaun (note 2), n°s 122, 171 et 175 ss ad art. 1 CC, n° 20 ss ad art. 4 CC; Kramer (note 76), p. 89 ss; Caroni (note 16), p. 200.

131 *Supra*, B.II.2.

132 ATF 129 III 493; ATF 130 III 28; Hausheer/Jaun (note 2), n° 172 ad art. 1 CC, n° 18 ad art. 2 CC.

133 Honsell, n° 11 ad art. 4 CC.

134 Cf. not. ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207 et les références citées par Morin (note 39), p. 106, n° 118.

135 Abegg (note 99), p. 257 et 263 s.

n'en va pas de même dans le cadre des art. 2 et 4 CC, où le juge va largement s'appuyer sur le droit positif pour pallier à l'incomplétude volontaire du code. La jurisprudence (cf. art. 1 al. 3 CC) joue à cet égard un rôle particulièrement important, puisque le juge doit tenir compte dans sa démarche de la façon dont les tribunaux ont déjà mis en œuvre les art. 2 et 4 CC.

a. Dans la mise en œuvre des règles de la bonne foi

Le juge peut s'appuyer sans autre sur les solutions légales ou jurisprudentielles du droit positif lorsqu'il met en œuvre l'art. 2 CC. En effet, ces solutions se ramènent toutes aux règles de la bonne foi, puisqu'il s'agit du principe général qui fonde les droits et devoirs en société.

De fait, le TF s'est largement appuyé sur les concrétisations jurisprudentielles préexistantes des règles de la bonne foi pour spécifier et développer l'idée exprimée à l'art. 2 CC, après avoir constaté qu'elles réglaient des cas comparables à ceux qu'il devait traiter.

Il a même commencé l'application de l'art. 2 CC à partir des maximes jurisprudentielles antérieures à l'adoption du CC, dont il a jugé qu'elles se rattachaient désormais à cette disposition, parce qu'il avait déjà reconnu dans sa jurisprudence d'avant 1907 qu'elles manifestaient les règles de la bonne foi. Il a ensuite développé les spécifications de l'art. 2 CC soit en précisant le contenu de la portée desdites maximes, soit en les adaptant à des situations semblables à celles auxquelles elles renvoyaient, puis en adaptant à leur tour ces nouvelles règles à des situations comparables.[136] Cette démarche a guidé aussi bien la mise en œuvre des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) que celle parallèle de l'interdiction de l'abus de droit, comme le montrent notamment les développements sur l'interdiction d'utiliser une norme à des fins contraires à son but opérés à partir de l'interdiction de la chicane qui avait inspiré la rédaction de l'art. 2 al. 2 CC.[137]

L'analyse de la jurisprudence du TF rendue après 1912 en relation avec le principe de la confiance et la volonté hypothétique des parties illustre de façon marquante ce qui précède.

Avant l'entrée en force du CC en 1912, le TF rattachait déjà ces deux maximes aux règles de la bonne foi.[138] Dès 1912, il a reconnu que le principe de la confiance se rapportait désormais à l'art. 2 CC, puis qu'il allait de même du recours à la volonté hypothétique des parties.[139]

---

136 Merz (note 2), n° 33 et 46; Baumann (note 2), n° 16 ad art. 2 CC.

137 *Supra*, B.1.c.aa; Egger (note 3), n° 29 ss ad art. 2 CC.

138 *Supra*, B.1.a.

139 ATF 38 II 349, JdT 1913 I 399; ATF 48 II 372, JdT 1923 I 58.

Il a ensuite notamment précisé que ce principe ne valait qu'en l'absence d'un accord de fait au sens de l'art. 18 al. 1 CO[140], confirmé qu'il permettait d'imputer objectivement une manifestation de volonté à celui qui n'avait jamais voulu en faire[141], ou encore relevé qu'il permettait à ce titre notamment d'opposer le contenu de conditions générales à la partie qui avait consenti à leur incorporation au contrat sans les lire alors qu'elle avait eu la possibilité d'en prendre connaissance, sous réserve toutefois des clauses insolites qu'elle ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à voir y figurer.[142]

Au fil des ans, le TF a également décrit les devoirs accessoires qui s'imposaient aux parties en cas de comblement des lacunes du contrat par recours à leur volonté hypothétique[143] et reconnu que cette règle ne valait pas seulement en cas de lacune initiale du contrat, mais aussi lorsqu'il devenait lacunaire après sa conclusion, en raison par exemple de sa nullité partielle (art. 20 al. 2 CO)[144], ou d'un changement imprévisible des circonstances permettant sa modification (*clausula rebus sic stantibus*).[145] Il a par ailleurs constaté que l'ouverture de pourparlers précontractuels imposait aux parties le respect de devoirs analogues aux devoirs accessoires de diligence qui incombent aux cocontractants et en a conclu que les devoirs précontractuels découlaient aussi des règles de la bonne foi.[146] Cela l'a amené à assimiler à l'ouverture de pourparlers de simples contacts sociaux intervenus en dehors de tout contrat ou de tout rapport précontractuel, dans la mesure où ils pouvaient raisonnablement amener une personne à soumettre largement ses biens juridiques à l'influence d'une autre personne et à lui manifester ainsi sa confiance particulière, et en a conclu que cette autre personne assumait de ce fait des devoirs déduits de l'art. 2 al. 1 CC identiques aux devoirs précontractuels et aux devoirs accessoires de diligence liant des cocontractants.[147]

Pour faire ces développements, le TF s'est également appuyé sur des règles légales dont il jugeait qu'elles exprimaient elles-mêmes les règles de la bonne foi dans des hypothèses analogues à celles qu'il devait juger. Il s'est par exemple inspiré de l'art. 373 CO pour préciser comment il fallait modifier le

---

140 Cf. p. ex. ATF 105 II 16, JdT 1979 I 474; ATF 105 II 23, JdT 1979 I 474; ATF 123 III 35, JdT 1997 I 322; ATF 127 III 444.

141 Cf. p. ex. ATF 69 II 319, JdT 1944 I 122; ATF 116 II 695, JdT 1991 I 625; ATF 120 II 155, (spéc. 171); ATF 120 II 197, JdT 1995 I 194; ATF 129 III 118.

142 Cf. p. ex. ATF 119 II 443.

143 Cf. p. ex. ATF 70 II 215, JdT 1945 I 41; ATF 113 II 246, JdT 88 I 3; ATF 114 II 57; ATF 129 III 604.

144 Cf. p. ex. ATF 107 II 216, JdT 1982 I 66; ATF 126 III 189.

145 Cf. p. ex. ATF 51 II 309, JdT 1925 I 565; ATF 107 II 44; ATF 122 III 97, JdT 1997 I 294; ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239.

146 Cf. p. ex. ATF 68 II 303, JdT 1943 I 262; ATF 77 II 135; ATF 90 II 449.

147 Cf. p. ex. ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; ATF 121 III 350; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207. Voir aussi Merz (note 1), n° 264.

contenu du contrat par recours à la volonté hypothétique des parties en cas d'imprévision[148], ou des art. 26 et 39 CO pour développer sa jurisprudence sur la *culpa in contrahendo* et les situations similaires.[149]

b. Dans la mise en œuvre des règles du droit et de l'équité

Le juge doit s'en remettre au droit existant lorsqu'il applique l'art. 4 CC, car cette disposition sert à compléter une règle que le législateur a volontairement laissée ouverte. Il va donc s'appuyer sur cette règle pour déterminer l'étendue de la norme qu'il doit construire. Il pourra ainsi identifier les buts à atteindre, vu en particulier les intérêts des parties que protège la norme qui renvoie à l'art. 4 CC.[150] Par exemple, pour statuer sur l'existence de justes motifs de résiliation du contrat de travail par l'employeur (art. 337 al. 1 CO), le TF a tenu compte du fait que, d'après l'art. 337 al. 2 CO, les justes motifs existaient notamment en cas de disparition du rapport de confiance avec le travailleur. Il en a conclu que les justes motifs de l'art. 337 al. 1 CO s'appréciaient en considération de la position et de la responsabilité du travailleur, du type et de la durée des rapports contractuels, de même que de la nature et de l'importance des manquements.[151]

2. La construction de groupes de cas

A partir de ses décisions sur les art. 2 et 4 CC, le TF a progressivement élaboré des groupes de cas de mise en œuvre de ces dispositions, en s'aidant de l'analyse synthétique que la doctrine (en particulier Hans Merz dans le Commentaire bernois de l'art. 2 CC) avait elle-même faite de sa jurisprudence.[152]

Par exemple, dans le cadre de l'art. 2 CC, le TF a rassemblé dans la catégorie plus générale de responsabilité fondée sur la confiance toutes les situations où il a construit des devoirs de diligence dans un contexte extracontractuel à partir du concept de volonté hypothétique des parties. Vu les spécificités communes à ces situations, il a défini cette responsabilité comme une institution juridique autonome qui permet à une personne de former une prétention contre une autre personne, à laquelle elle n'est pas liée par contrat, si celle-ci a suscité chez elle une confiance légitime dans un fait significatif, dans le cadre d'un rapport

148 Cf. p. ex. ATF 47 II 314; ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239.

149 ATF 77 II 135; SJ 1999 I 113.

150 Deschenaux (note 1), p. 130 s.; Meier-Hayoz (note 55), n° 41 ss ad art. 4 CC; Hausheer/Jaun, n° 19 ad art. 4 CC.

151 Cf. not. ATF 116 II 145, JdT 1990 I 578; ATF 127 III 351; ATF 129 III 380; ATF 130 III 28.

152 Deschenaux (note 1), p. 127, 133, 142 et 168; Merz (note 2), n° 46 s.; Meier-Hayoz (note 55), n° 21 ad art. 4 CC; Hausheer/Jaun (note 2), n° 15 ad art. 2 CC. Voir aussi Wittaker/Zimmermann (note 11), p. 22 ss.

personnel étroit.[153] Il a en outre précisé qu'elle pouvait se ranger dans le groupe encore plus large des cas d'interdiction du comportement contradictoire.[154]

De même, le TF a développé une définition générale des justes motifs à l'aide de sa jurisprudence rendue en application de l'art. 4 CC.[155] Il a reconnu en effet qu'un cocontractant a le droit de résilier un contrat pour de justes motifs lorsque le fait d'y demeurer lié lui est devenu insupportable sans sa faute, pour des raisons économiques[156] ou personnelles, en particulier lorsque l'autre partie a rompu par son comportement le lien de confiance entre elles.[157]

Ces deux exemples montrent que la construction de groupes de cas relève de l'analogie globale. Elle consiste en effet à comparer différentes situations où se spécifient les règles de la bonne foi, ou les règles du droit et de l'équité, et à en tirer une règle commune, plus générale, mais encore suffisamment précise pour pouvoir s'appliquer directement à des cas concrets. Cette règle ainsi située à un niveau intermédiaire entre la norme construite à l'occasion d'un jugement sur un cas d'espèce et le principe abstrait posé à l'art. 2 CC ou à l'art. 4 CC acquiert une valeur autonome. Pour spécifier les règles de la bonne foi, ou les règles du droit et de l'équité dans de nouveaux cas d'espèces, le juge peut désormais se contenter de s'y rapporter, sans avoir besoin de remonter jusqu'à l'art. 2 ou l'art. 4 CC, qui n'apparaissent plus que comme l'expression de sa *ratio*.[158] Elle achève par conséquent la mise en œuvre de ces dispositions.[159]

E. Conclusion

L'analyse des art. 2 et 4 CC et de leur rôle dans le code confirment qu'ils s'insèrent dans un ensemble cohérent. Ils forment le corollaire de l'incomplétude du CC, voulue par le législateur comme garantie de son caractère populaire.

---

153 ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; ATF 121 III 350; SJ 1999 I 205ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207.

154 *Supra*, B. I.1.c.bb et B.I.2.

155 Cf. ATF 99 II 299, JdT 1967 I 247; ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

156 Cf. ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, rendu en application de l'art. 266g CO.

157 Cf. not. la jurisprudence du TF relative à l'art. 337 CO (p. ex. les arrêts cités *supra*, ad note 145) et à l'art. 404 al. 2 CO (p. ex. SJ 2000 I 485).

158 Cf. p. ex. ATF 129 III 493; v. aussi Hans Merz, Neues zu den Methoden der Rechtsfindung?, in Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Beiheft zu ZSR n° 15, Bâle 1993, p. 55 ss, spéc. p. 59.

159 Cela a conduit Hans Merz à considérer que l'art. 2 CC a à ce titre une fonction *transitive*, cf. Merz (note 2), n° 33; id. (note 158), p. 59.

Lorsque, par souci de simplicité et de maniabilité de la loi, le législateur a décidé d'y laisser une question ouverte, soit en ne la traitant pas, soit en la traitant incomplètement, les art. 2 et 4 CC ordonnent au juge de créer la norme manquante ou de préciser la norme incomplète, en considération des valeurs internes au code, plus spécialement de l'idée, exprimée à l'art. 2 CC, que la nécessité de faire preuve d'égards envers autrui dans l'exécution des prérogatives déduites de la liberté individuelle est la clé de l'harmonie sociale et, par là, le fondement des droits et des devoirs privés. Cela permet notamment d'adapter rapidement le droit à la complexité et à l'évolution sociale et de préserver ainsi le caractère populaire de la loi.

Cette démarche créatrice d'un droit jurisprudentiel subsidiaire n'a pas conduit à l'arbitraire des juges, comme certains en ont exprimé la crainte.[160] La jurisprudence du TF relative aux art. 2 et 4 CC exprime dans l'ensemble un souci constant de préserver l'égalité de traitement et la prévisibilité du droit, et de respecter les valeurs fondamentales de l'ordre juridique (et par là, les valeurs sociales). La reconnaissance de ce que les art. 2 et 4 CC donnent au juge un pouvoir d'interprétation large de la loi ne change rien au fait qu'il ne saurait statuer selon son bon plaisir. Elle montre seulement qu'il doit déjà faire œuvre de législateur, avec toutes les contraintes que cela suppose, dans le champ de l'art. 1 al. 1 CC et que l'art. 1 al. 2 CC ne constitue au fond que l'extension logique du pouvoir créateur du juge au domaine du comblement des lacunes.

On ne peut pas pour autant clamer que tous les objectifs du législateur de 1907 ont ainsi été atteints. Celui-ci a manifestement voulu donner une portée restreinte à l'art. 2 CC, qui ne devait s'appliquer comme règle créatrice de droit que dans des cas exceptionnels, puisque le code devait traiter lui-même des situations les plus importantes de la vie sociale. Or, si l'art. 2 CC a sans doute joué ce rôle limité dans les matières du droit civil, il a en revanche pris une place fondamentale en droit des obligations: la majorité des décisions du TF sur l'art. 2 CC concernent le CO, au point qu'aujourd'hui, des pans entiers du droit des contrats font par exemple l'objet de règles jurisprudentielles. Ce phénomène découle peut-être du fait que le CO a été rédigé avant le CC. Le CO de 1911 reprend en effet pour l'essentiel le CO de 1881, sous réserve des quelques modifications nécessaires à son intégration comme cinquième livre du CC de 1907. Bien que conçu lui aussi dans un souci de simplicité et de praticabilité, le CO n'a donc été soumis qu'a posteriori au système voulu pour le CC.

Quoiqu'il en soit, le rôle sans doute excessif que joue le droit jurisprudentiel en droit des obligations (particulièrement en droit des contrats) indique que le

160 A ce propos, cf. Augsburger-Bucheli (note 19), p. 30 ss; Huwiler (note 13), p. 38 s. et 44 ss; Hedemann (note 116), p 66 ss; Loser (note 88), n° 191.

CO ne règle peut-être pas certaines manifestations importantes de la vie des affaires et ne répond dès lors pas aux objectifs d'une codification populaire. On voit mal en effet comment le justiciable peut se faire une image correcte d'un droit dont une partie significative doit être trouvée à la lecture de la jurisprudence et de la doctrine. Il s'impose dès lors de se demander si, à l'instar de ce qu'a fait en 2002 le législateur allemand avec la réforme du BGB, il n'est pas indispensable de moderniser aujourd'hui le CO en y intégrant au moins des règles sur les pourparlers précontractuels, le principe de la confiance et le comblement des lacunes du contrat. A défaut nous ne pourrons que méditer la crainte qu'exprimait Rudolf Munzinger dans son Exposé des motifs présenté en 1862 à l'appui de son avant-projet de code fédéral de commerce: «*ein Gesetz, das nicht im besten Sinne des Wortes populär und jedem klaren Kopfe zur festen Handhabe werden kann, ein todtgeborenes Kind ist*».[161]

161 Cf. Fasel (note 8), p. 253.