Le centenaire du code des obligations : un code toujours plus hors du code

Autor(en): **Pichonnaz, Pascal**

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): **130 (2011)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895809

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

Le centenaire du Code des obligations

Un code toujours plus hors du code

PASCAL PICHONNAZ*

* Professeur ordinaire, docteur en droit, LL.M. (Berkeley), Chaire de droit privé et de droit romain de l'Université de Fribourg. Je tiens à remercier mes assistants, Me Geneviève Michelet, Mme Cindy Felley, M. Cyril Galland et Mme Nathalie Adank, pour l'aide précieuse qu'ils m'ont apportée à la mise au point de cette contribution.

Inhaltsverzeichnis

A. La codification de 1911: la nationalisation des enjeux 125
I. Le but et les acquis de la codification fédérale de 1881 126
II. Les spécificités de la codification de 1911 128
1. Une codification conçue comme la partie d'un tout 129
a. L'aspect formel 129
b. Un droit civil et un droit commercial intégré 130
2. L'ampleur des modifications apportées par le Code de 1911 . . . 131
a. Un processus législatif tourmenté 132
b. Les modifications importantes par rapport au Code de 1881 133
c. Les modifications législatives ultérieures 134
3. Le développement plus important de règles hors du code 136
a. Les lois spéciales 136
b. La standardisation par la pratique 141
B. L'évolution jurisprudentielle et doctrinale 145
I. De la volonté à l'apparence efficace 145
1. La volonté interne et la protection de l'apparence efficace 148
a. Le point de départ: une volonté à interpréter 148
b. L'apparence raisonnable comme correctif structurel 152
aa. La représentation fondée sur l'apparence (CO 33 III et CO 34 III) 152
bb. La relation contractuelle de fait et l'art. 320 al. 3 CO . . 159
cc. L'accord de droit et son correctif: l'erreur de base sur les motifs (CO 24 I/4) 161
2. Une pseudo-source d'obligations: la responsabilité fondée sur la confiance 162
a. La nature controversée de cette responsabilité 164
b. Les conditions de cette responsabilité 165
3. L'apparence l'emporte sur les organes formels 168
II. Le contrat au-delà du contrat: la bonne foi en affaires 169
1. Le rapport de liquidation *(Liquidationsverhältnis)* 170
2. Les devoirs postcontractuels 171
3. Le contrat avec effet protecteur pour les tiers 173
III. Le droit des obligations et la «socialisation du droit privé» 179
1. La nullité pour vice de forme et sa relativisation 180
a. Le principe: la nullité absolue du contrat 181
b. Le tempérament jurisprudentiel: l'interdiction de l'abus de droit 182
c. Le tempérament doctrinal: une nullité «guérissable» 185
2. La nullité partielle pour lésion 186
3. Une protection accrue des conditions générales 189
4. L'avènement d'un droit contractuel de la consommation 195
IV. L'impact du droit contractuel européen sur le droit suisse 197
C. Les défis pour l'avenir 204
I. L'impact dû au changement de méthodologie 205
1. L'évolution de la méthodologie: le pluralisme méthodologique pragmatique 205
2. Le droit comme culture et le rôle croissant de la langue anglaise 210
3. Le rôle des principes et l'éclatement du droit des obligations . . . 212

II. Les exigences pour une réforme du Code des obligations 215
1. Les qualités attendues du Code des obligations 215
2. Le droit de la consommation intégré au Code des obligations . . 217
3. Quelques grands chantiers à venir 220
III. Le Code est mort, vive le Code! 222

Dans l'année de son cent cinquantième anniversaire, la Société suisse des juristes a confié la charge de rédiger un rapport à l'occasion du Centenaire du Code des obligations à Heinrich Honsell, pour la langue allemande[1], et à moi-même pour la langue française. Vingt-huit ans après les rapports de Eugen Bucher[2] et Pierre Engel[3], l'exercice pourrait ne sembler qu'un exercice de style, et pourtant il a un sens. En effet, l'impact de plus en plus important du droit européen, l'évolution de la méthodologie du Tribunal fédéral et l'internationalisation des relations commerciales et juridiques doivent nous amener à nous demander d'où vient ce Code des obligations de 1911, comment il a évolué durant les cent dernières années, mais aussi comment il pourra se développer encore à l'avenir. Ecrire à propos d'un Code, c'est avant tout écrire dans une perspective très personnelle, marquée par un parcours académique et de vie propre. Nul doute que les influences différentes des deux rapporteurs auront un impact déterminant sur la manière de percevoir l'état actuel et l'avenir du Code des obligations suisse[4].

Le bicentenaire du Code civil français de 1804 a donné lieu en France et ailleurs à une glorification d'un monument législatif, le Code Napoléon[5], du nom de son initiateur et promoteur. Loué pour la clarté de son style par des écrivains célèbres[6], vénéré comme témoin et vecteur d'une tradition romanistique millénaire, ce Code civil s'est réveillé au lendemain de ces festivités pour découvrir un rival ambitieux, l'avant-projet de Code civil «Avant-projet Catala»[7], concocté pour réformer largement le droit des obligations et de la responsabilité civile. Si seule une partie des dispositions de ce projet sont aujourd'hui entrées en vigueur[8], la volonté de réforme se poursuit avec de nouveaux projets[9]. Les

---

1 HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizer Obligationenrecht, RDS 2011 II 5 ss.

2 EUGEN BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, Rapport SSJ 1983, RDS 1983 II 251 ss.

3 PIERRE ENGEL, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du code fédéral des obligations, Rapport SSJ 1983, RDS 1983 II 1 ss.

4 Les deux rapporteurs ont néanmoins plusieurs points en commun, dont celui d'avoir rédigé un manuel de droit romain: HEINRICH HONSELL, Römisches Recht, 7e éd., Berlin 2010; PASCAL PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé, Zurich/Genève/Bâle/Bruxelles 2008.

5 Le Code civil français s'est appelé d'abord «Code civil des Français» de 1804 à 1807, puis «Code Napoléon» de 1807 à 1816, pour devenir enfin le «Code civil français» dès 1816; cf. pour tous les autres, JEAN-LOUIS HALPÉRIN, Entre nationalisme juridique et communauté de droit, Paris (PUF) 1999, p. 19.

6 STENDHAL dans une lettre du 30 octobre 1840 à HONORÉ DE BALZAC écrivait: «... pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du code civil ...»; cf. MAX LEITNER, Der Leguleius oder Zivilrecht in Anekdoten, Vienne 2008, p. 65; cf. PIERRE TERCIER/CHRISTIAN ROTEN, La recherche et la rédaction juridique, 5e éd., Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 372 s., n. 1707.

7 Le rapport peut être consulté à l'adresse *http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA SEPTEMBRE2005.pdf* (consulté le 11. 02. 2011).

8 Il s'agit avant tout des règles sur la prescription, cf. la Loi nº 2008–561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui a modifié les art. 2219 à 2254 CCfr., ainsi que quelques autres dispositions.

9 Cf. le projet «actuel» de la Chancellerie de février 2009, ainsi que le projet du Prof. FRANÇOIS TERRÉ, publié in: F. Terré (édit.), Pour une réforme du droit des contrats, Paris 2009; ég. JOHN

raisons de cette volonté de changement sont diverses. Elles font appel tant au besoin de rétablir une cohérence après les assauts, parfois déstructurants, du droit européen, qu'à la volonté de tenir compte des modifications profondes du contexte socio-économique depuis l'avènement du Code civil des Français.

Le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1900 a lui aussi connu une modification fondamentale, peu après les festivités de son Centenaire, principalement en matière de droit des obligations. Les bruits d'une réforme à venir se faisaient déjà entendre depuis les années huitante[10], mais ce sont les exigences formelles du droit européen qui ont mené à la *«Schuldrechtsmodernisierung»*, modification importante du Code civil entrée en vigueur le 1er janvier 2002. En effet, l'Allemagne devait respecter les délais pour la transposition de diverses directives européennes dans le domaine du droit privé[11]; elle en a profité dès lors pour revoir certains aspects fondamentaux du droit des obligations, tel le régime de la prescription des créances ou celui de l'inexécution[12].

L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) de 1811 semble mieux résister pour l'instant à cette vague de réforme en profondeur, puisque durant cette année de son bicentenaire, on n'a pas (encore) annoncé de grande réforme[13].

CARTWRIGHT/STEFAN VOGENAUER/SIMON WHITTAKER (édit.), Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Paris 2010 (pour la version originale en anglais: IDEM, Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription [«the Avant-projet Catala»], Oxford/Portland 2009).

10 Cf. les rapports établis pour le Ministère de la justice allemand par d'éminents professeurs au début des années huitante, cf. BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (édit.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, vol. I, Cologne 1981; vol. II, Cologne 1981; vol. III, Cologne 1983, ainsi que BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (édit.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Cologne 1992.

11 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation; Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales; Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

12 Pour tous les autres, cf. REINHARD ZIMMERMANN, vor § 1 BGB, in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (édit.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, vol. I, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen 2003, n. 29 ss.

13 Cf. FRANZ-STEFAN MEISSEL, De l'esprit de modération – Zeiller, das ABGB und der Code civil, in: Grundlagen der österreichischen Rechtskultur, Th. Olechowski/Ch. Neschwara/A. Lengauer (édit.), FS W. Ogris zum 75. Geburtstag, Vienne/Cologne/Weimar 2010, p. 265 ss; cf. ég. YVES MAUSEN, Gesetzgebung und Systemdenken bei Zeiller und Portalis, ZNR 32 (2010), p. 161 ss; C. Fischer-Czermak/G. Hopf/M. Schauer (édit.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, Vienne 2003; C. Fischer-Czermak/G. Hopf/G. Kathrein/M. Schauer (édit.), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Vienne 2008; RUDOLF WELSER, Die Reform des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: W. Wiegand/Th. Koller/H.-P. Walter (édit.), Tradition mit Weitsicht, Mél. E. Bucher zum 80. Geburtstag, Berne 2009, p. 803 ss.

Peut-on dès lors fêter le Centenaire du Code des obligations du 30 mars 1911 sans craindre qu'il s'agisse alors du chant du Cygne d'un code admiré à maints égards? Indépendamment de la réponse à cette question, il faut remarquer que le législateur turc a déjà entrepris de mettre en vigueur une version «mise à jour» du Code des obligations turc et de son Code de commerce, transposant par là même en droit interne l'essentiel des modifications subies par le Code des obligations suisse depuis les années 1950 et anticipant même les modifications du droit commercial prévues dans les deux années à venir[14]. Le droit turc des obligations et des sociétés qui entrera en vigueur le 1er juillet 2012 est dès lors pour ainsi dire plus suisse que le Code des obligations suisse!

Le texte du Code des obligations suisse a fait preuve d'une belle stabilité durant ce dernier siècle d'existence, malgré des changements législatifs importants en droit commercial notamment. Lors de la célébration du Centenaire du Code fédéral des obligations de 1881, Eugen Bucher et Pierre Engel avaient mis en évidence toute une série de questions qui méritaient une attention soutenue[15]. Juges ou législateurs ont donné des réponses à une partie des problèmes évoqués[16], mais d'autres s'y sont ajoutés.

Afin de pouvoir apprécier la valeur actuelle du code, il convient dès lors de rappeler dans une première partie ce qu'a représenté cette codification de 1911, et en particulier en quoi elle s'est distinguée de celle du Code fédéral des obligations de 1881[17]. Nous pourrons ainsi mieux appréhender les modifications dont le Code des obligations a fait l'objet au cours des cent dernières années; ce sera l'objet de la deuxième partie. Enfin, nous poserons la question de l'avenir du Code dans une troisième et dernière partie, afin de saisir les enjeux des prochaines décennies.

---

14 Le nouveau Code de commerce turc du 13 janvier 2011 («CCom turc»), entrera en vigueur le 1er juillet 2012; il reflète déjà certaines nouveautés adoptées par le Projet modifiant le Code des obligations suisse («P-CO», FF 2008 1571 ss). Ce parallélisme est lié notamment au souci de l'euro-compabilité, tendance que l'on observe tant en Suisse qu'en Turquie. Il faut souligner que les dispositions du P-CO n'ont pas été directement adoptées *(Rezeption)* pendant les travaux préparatoires du CCom turc, comme ceux-ci ont été achevés au début 2005. Notamment, l'art. 1527 CCom turc permet l'utilisation des moyens électroniques pour le déroulement de l'assemblée générale, comme cela est prévu par l'art. 701*c* ss P-CO; en outre, le législateur turc impose pour toutes les sociétés l'établissement des comptes annuels selon les *IFRS (International Financial Reporting Standards)*, les US-GAAP seront utilisés pour combler les lacunes (l'art. 88 CCom turc); l'art. 962 P-CO impose cette obligation, sans mentionner toutefois expressément les IFRS, mais en utilisant le terme générique «norme comptable reconnue». En ce qui concerne les comptes consolidés, les deux législateurs ont prévu l'utilisation des normes comptables reconnues (l'art. 515 CCom turc et l'art. 963*b* P-CO). Nous remercions Me Sinan Yüksel, avocat, docteur en droit, Université de Galatasaray (Istanbul) pour ces informations.

15 BUCHER, Hundert Jahre (note 2), RDS 1983 II 251, en part. p. 362 ss; ég. ENGEL, Cent ans (note 3), RDS 1983 II 1, p. 77 ss.

16 Cf. pour ce constat ég. HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizer Obligationenrecht, RDS 2011 II 10.

17 FF 1881 III 73; cf. THÉVENOZ/WERRO, CR-CO I, n. 3 ss ad Introduction générale.

Cette contribution ne peut *pas tendre à l'exhaustivité.* Le Code des obligations suisse couvre en effet des matières nombreuses aux spécificités propres. Nous laisserons ainsi largement de côté l'analyse de l'évolution du droit commercial et du droit de la responsabilité civile, afin de nous concentrer sur le droit des obligations à proprement parler.

En effet, *le droit commercial* de 1911 a été presque totalement modifié. Il repose d'ailleurs historiquement plutôt sur la grande réforme des années 1935/1936[18] que sur son état lors de son entrée en vigueur. Le Conseil fédéral avait en effet préféré se donner le temps de la réflexion et maintenir ce qui pouvait l'être sans mettre en péril une entrée en vigueur simultanée du Code civil et du Code des obligations au 1er janvier 1912. Le droit commercial a en outre subi depuis lors des modifications fondamentales, en particulier par les réformes du droit de la société anonyme entrée en vigueur en 1991[19], de la comptabilité commerciale de 2002[20], de la société à responsabilité limitée entrée en vigueur en 2008[21], ou encore de la Loi sur les fusions de 2008[22] ainsi que par plusieurs projets législatifs en cours[23]. L'impact grandissant des textes de droit commercial hors du code n'a pas non plus été négligeable, que ce soit sous l'effet des mesures d'auto-réglementation dans le domaine du droit bancaire et des marchés financiers[24], ou de codes de *best practices*[25], en particulier liés à la gouvernance d'entreprise[26].

Bien que les règles fondamentales du *droit de la responsabilité civile* figurent dans le Code des obligations aux art. 41 à 61 CO, et qu'elles n'aient été que très peu modifiées depuis 1911[27], nous n'en traiterons pas de manière parti-

---

18 VIRGILE ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, Tome Premier, Partie révisée du C.O., art. 1 à 551, 4e éd., Lausanne 1920, p. 18.

19 FF 1983 II 757.

20 FF 1999 4753.

21 FF 2002 2949, FF 2004 3745.

22 FF 2002 2949, FF 2004 3745.

23 Notamment la révision de l'art. 104 CO (intérêt moratoire relevé à 10% pour les commerçants); cf. PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 107 (2011), p. 181 ss, en part. p. 182.

24 Cf. notamment sur l'autoréglementation, le rapport à la Société suisse des juristes (SSJ) de JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, (Dé-, re-, sur-, co-, inter-)réglementation en matière bancaire et financière, Thèses pour un état des lieux en droit suisse, RDS 2004 II 479 ss.

25 P. ex: Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (http://www.ecgi.org/codes/documents/swisscodeofbestpractice_french.pdf).

26 Sur la gouvernance d'entreprise, cf. notamment ANDREAS BOHRER, Corporate Governance – eine Standortbestimmung Entwicklungen, Trends und Herausforderungen aus rechtlicher Sicht, ST 2005 1005; CLAUDE BOURQUI, Corporate Governance: Est-ce important?, in: F. Dessemont/G. Bohrer (édit.), Corporate Governance en Suisse, Journée d'études CEDIDAC, Lausanne 28 novembre 2002, Lausanne 2003 (CEDIDAC vol. 54), p. 33.

27 On notera toutefois l'introduction des art. 42 al. 3 et 43 al. 1*bis* CO au 1er avril 2003 avec les modifications liées au statut des animaux (introduites par la LF du 4 octobre 2002, en vigueur depuis le 1er avril 2003; RO 2003 463, FF 2002 3885 et 5418), à l'introduction d'un art. 59*a* CO relatif à la responsabilité en matière de clé de signature (introduit par la SCSE avec effet au 1er janvier 2005, FF 2003 7493), l'abrogation de l'art. 48 CO avec l'introduction de la Loi contre

culière. En effet, le droit de la responsabilité civile a fait l'objet d'une analyse détaillée dans les rapports à la Société suisse des juristes de 2003 par Franz Werro et Christine Chappuis en français[28] et Peter Loser-Krogh[29] en allemand, à la lumière d'ailleurs de l'avant-projet d'unification des règles de la responsabilité («Projet Widmer/Wessner»[30]). On ne peut toutefois parler du droit des obligations et du droit des contrats sans tenir compte de certaines évolutions dans le domaine de la responsabilité civile.

Enfin, notre analyse ne peut se concevoir que *dans une perspective comparative.* D'abord, le Code des obligations suisse est le fruit d'un travail de comparaison et d'équilibre entre les systèmes juridiques des pays voisins; cela l'amène d'ailleurs à jouer un rôle important comme droit applicable dans les contrats internationaux[31]. Ensuite, il a subi de plein fouet l'influence du droit de l'Union européenne et des Etats membres qui la composent, que ce soit à travers la reprise autonome de règles européennes ou par la convergence implicite ou inéluctable avec ces droits, comme nous le verrons encore[32]. On peut se réjouir de cet état de fait ou le déplorer, mais il s'agit dans tous les cas d'une réalité que l'on doit intégrer à l'analyse.

Il faut toutefois examiner d'abord comment la codification de 1911 a eu pour effet de «nationaliser» les enjeux. C'est toute la question de savoir d'où vient ce Code des obligations.

A. La codification de 1911: la nationalisation des enjeux

L'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations le 1er janvier 1883 marquait le commencement d'une nouvelle ère, celle d'un droit des obligations *suisse.* Pour bien comprendre les spécificités du Code des obligations de 1911 (II.), il importe dès lors d'examiner brièvement les buts visés et les acquis obtenus par la codification fédérale de 1881 (I.).

---

la concurrence déloyale le 1er mars 1945 (FF 1943 I 20), l'abrogation de l'art. 56 al. 3 avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages le 1er avril 1988 (FF 1983 II 1229), la modification de la teneur de l'art. 49 CO avec l'entrée en vigueur des règles modifiant l'art. 28 CC, le 1er juillet 1985 (RO 1984 778; FF 1982 II 661), celle de l'art. 55 al. 1 CO avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 1972 du «nouveau droit du contrat de travail» (LF du 25 juin 1971, RO 1971 1461, FF 1967 II 249 et FF 1971 I 1449).

28 Christine Chappuis/Franz Werro, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, Rapport SSJ 2003, RDS 122 (2003) II 237 ss.

29 Peter Loser-Krogh, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts: Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, RDS 122 (2003) II 127 ss.

30 Pierre Widmer/Pierre Wessner, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000.

31 Thévenoz/Werro, CR-CO I, n. 9 ad Introduction générale.

32 Cf. *infra* p. 197 ss.

I. Le but et les acquis de la codification fédérale de 1881

Fondée sur l'art. 64 de la Constitution de 1874, la codification fédérale du droit des obligations de 1881 avait manifestement pour but principal *d'unifier le droit des obligations.*

En effet, depuis la chute de la République helvétique et l'échec d'un Code civil unique, le droit des obligations suisse était l'apanage des codes cantonaux. Le code civil français avait ainsi influencé la codification de droit privé de la plupart des cantons romands[33]. Le code civil autrichien (ABGB) en a fait de même pour certains cantons alémaniques, en particulier Berne, Soleure, Argovie et Lucerne. Le code d'inspiration pandectiste du canton de Zurich, le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* de 1853/1855, œuvre de Johan Caspar Bluntschli, élève de Friedrich Carl von Savigny, fut lui un modèle suivi par de nombreux cantons alémaniques, en particulier Nidwald, Thurgovie, Zug, Schaffouse et Glaris[34]. Ainsi, même si le droit des obligations dans les divers cantons suisses avait des racines romanistes communes, la cristallisation de celles-ci dans des codes avait été fort différente.

Ce processus d'unification n'était pas compris comme une évidence. Le passé des cantons suisses et leur volonté de demeurer souverains pouvaient jouer un rôle capital. Cela impliquait dès lors de fixer les contours d'une telle codification. Aussi le Conseiller fédéral Dubs, à la tête du Département de justice et police, jugea-t-il nécessaire de requérir une expertise auprès du Professeur zurichois Heinrich Fick sur la nécessité et la faisabilité d'un droit commercial, des effets de change et des expéditions par train[35]. Suite à la motion Curti, adoptée à l'unanimité par le Conseil national le 30 janvier 1862, le mandat de Fick fut élargi et l'on requit en outre des expertises de Walther Munzinger et d'Emanuel Burckhardt-Fürstenberger. Tous devaient déterminer quels seraient les avantages d'un code de commerce unifié et s'il était possible de concilier les conceptions françaises et allemandes en la matière[36]. On leur demanda également de déterminer l'ampleur de la matière à traiter. S'ils étaient tous trois acquis à une codification unifiée, ils divergeaient sur la matière à réglementer. *Fick* envisageait un code de commerce «à la française», plus limité; les deux autres concevaient une réglementation beaucoup plus large[37].

---

33 Cf. notamment René Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss, Zurich/St-Gall 2007, p. 207 ss.

34 Marcel Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4e éd., Zurich 2007, p. 315 ss; Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte (note 33), p. 207 ss.

35 Urs Fasel, Bahnbrecher Munzinger: Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830–1873), Berne 2003, p. 59.

36 Fasel, Munzinger (note 35), p. 59 s.

37 Message du Conseil fédéral concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 27 novembre 1879, FF 1880 I 126 (ég. in: U. Fasel (édit.), Handels- und Obligationenrechtliche Materialien, Berne 2000, p. 1213); Fasel, Munzinger (note 35), p. 61.

Une codification est toujours un travail ardu entre tradition et innovation. Il n'en est pas allé autrement de la rédaction du Code de 1881. Il a supposé *un travail d'intégration* de tout premier ordre[38]. La volonté première était que le peuple suisse devait échapper à des lois particulières *(Standesrechte*[39]), celles-ci contredisant les institutions républicaines, le principe démocratique et celui de l'égalité de traitement[40]. Ainsi, cette unification ne fut pas seulement une reprise d'institutions existantes; elle tendit bien plus à la création de nouveaux régimes, parfois issus de compromis politiques entre cantons alémaniques et cantons romands[41]. Ce fut par exemple le cas pour l'introduction du principe du *periculum emptoris* (aCO 204), en dépit de l'adoption d'un régime de transfert de la propriété mobilière fondé sur le transfert de possession (aCO 199)[42].

Hormis le signe fédérateur d'un droit des obligations unifié, la codification du droit fédéral des obligations et du droit commercial visait aussi un but économique immédiat: *favoriser les échanges commerciaux* au sein de l'Etat fédéral. Cette approche pragmatique avait été suivie consciemment par Munzinger, déjà dans son expertise au Conseil fédéral sur l'utilité d'une unification. Il considérait ainsi que la codification par un code de commerce était la moins dangereuse; celle d'un code des obligations comprenant le droit commercial comme la plus rationnelle, mais lui-même favorisait déjà une codification du droit civil[43]. En débutant avec un code de commerce, on pouvait ensuite par élargissements successifs parvenir à une codification plus aboutie[44]. Toutefois, dès le début, Munzinger était d'avis que le code devait reposer sur un seul vrai fondement: «C'est la vraie vie avec ses besoins et la justice» («Es ist das wirkliche Leben mit seinen Bedürfnissen und die Gerechtigkeit»[45]). Comme espéré, après un projet de code de droit commercial en 1864[46] préparé par Munzinger

38 BUCHER, Hundert Jahre (note 2), Rapport SSJ, RDS 1983 II 262.

39 PIO CARONI, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main, p. 188 s.

40 PIO CARONI, Der «demokratische» code unique von 1881, Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie, in: P. Caroni (édit.), Das Obligationenrecht 1883–1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Berne 1984, p. 38 et ses réf. en note 103; Message de 1879 (note 37), FF 1880 I 174; ég. FASEL, Munzinger (note 35), p. 64, avec les extraits de l'intervention du Prof. Leuenberger lors de la séance de Commission de décembre 1867.

41 Cf. pour une analyse, notamment, CARONI, «Privatrecht» (note 39), p. 73 ss.

42 Cf. pour une présentation ég. PASCAL PICHONNAZ, Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht, in: W. Ernst/E. Jakab (édit.), Kaufen nach Römischem Recht, Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin/Heidelberg 2008, p. 183 ss, en part. p. 187 s.

43 Gutachten Munzinger, Zur Frage eines schweizerischen Handelsgesetzes de 1862, in: FASEL (édit.), Handels- und Obligationenrechtliche Materialien (note 37), p. 28 s.

44 C'était d'ailleurs le conseil que lui fit BLUNTSCHLI dans un courrier du 15 juin 1862, cf. FASEL, Munzinger (note 35), p. 71 s.

45 Gutachten Munzinger (note 43), p. 47.

46 FASEL, Munzinger (note 35), p. 61; RICHARD EUGSTER, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883, Weida 1926, p. 40.

et des délibérations en commission en décembre 1867[47], Munzinger réussit à convaincre qu'il était préférable de prévoir un code des obligations, contenant également les règles sur le transfert de propriété mobilière, plutôt qu'un seul code de commerce[48]. Il fut alors chargé de rédiger un projet de droit des obligations en juillet 1868[49]. Des projets successifs furent alors soumis en 1869[50] et 1871[51] par *Munzinger* lui-même, puis à son décès (le 28 avril 1873[52]), des projets affinés furent préparés par *Heinrich Fick* en 1875, 1877 et 1879[53]. Comme le notait ainsi la Commission chargée d'examiner le projet de Loi fédérale sur les obligations et le droit commercial dans son rapport de 1880, le projet témoignait «d'un heureux mélange, qui se rencontre dans bien des chapitres, des éléments de droit français et de ceux de droit allemand»[54].

Comme l'a montré notamment *Pio Caroni,* favoriser le commerce en supprimant les barrières des codifications cantonales diverses n'impliquait pas nécessairement un libéralisme à outrance. Au contraire, le Code fédéral des obligations apparaissait dans un contexte marqué par un plus grand interventionnisme étatique qui tendait au progrès social et à la protection des plus faibles[55]. Cela s'en ressent d'ailleurs sur quelques-unes de ses dispositions qui visent à *une certaine justice sociale*[56].

II. Les spécificités de la codification de 1911

Si l'idée d'une codification la plus large possible était déjà très présente lors de la discussion relative au Code fédéral des obligations de 1881, en particulier chez *Bluntschli* ou *Munzinger,* le processus a été mené à son terme avec l'adoption du Code civil suisse en 1907. L'existence du Code civil imposa dès lors de repenser la place et le rôle du Code des obligations de 1911 (1.). Cela

47 FASEL, Munzinger (note 35), p. 62 ss.

48 BÉNÉDICT WINIGER, Le code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in: J.-P. Dunand/B. Winiger (édit.), Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26–28 février 2004, Bruxelles 2005, p. 158; FASEL, Munzinger (note 35), p. 64 s.

49 FASEL, Munzinger (note 35), p. 66; EUGSTER, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes (note 46), p. 55.

50 FASEL, Munzinger (note 35), p. 107 s.; Gutachten Munzinger (note 43), p. 514 ss.

51 FASEL, Munzinger (note 35), p. 109 ss; Gutachten Munzinger (note 43), p. 555 ss.

52 FASEL, Munzinger (note 35), p. 67.

53 Sur les diverses prises de position, cf. FASEL, Munzinger (note 35), p. 67 s.; sur les projets ultérieurs, cf. WINIGER, Le code suisse dans l'embarras (note 48), p. 158; EUGSTER, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes (note 46), p. 73.

54 Rapport de la commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 31 mai 1880, FF 1880 III 139, (samedi 12 juin 1880), p. 147.

55 Cf. CARONI, «Privatrecht» (note 39), p. 141 ss.

56 Dans ce sens ég. ENGEL, Rapport SSJ 1983 (note 3), RDS 1983 II 1, en part. p. 15 ss.

amena également à procéder à diverses modifications de perspectives par rapport au Code fédéral de 1881 (2.).

1. Une codification conçue comme la partie d'un tout

Contrairement au Code fédéral des obligations de 1881, le Code des obligations de 1911 n'est pas conçu comme une codification totalement autonome, mais bien comme la partie d'un tout. Cela se perçoit dans la forme, mais aussi dans le fond, en particulier à travers l'art. 7 CC, qui constitue l'expression la plus visible de ce lien.

a. L'aspect formel

Lorsque le 13 novembre 1898, le peuple et les cantons adoptèrent la modification de l'art. 64 Cst. de 1874[57] en donnant à l'Etat fédéral la compétence de légiférer sur l'ensemble du droit privé, ils contribuèrent aussi à achever l'idée d'un code unique, qui existait depuis de nombreuses années parmi les divers rédacteurs et membres de la commission de l'ancien Code fédéral des obligations.

Hormis les règles relatives au droit des obligations, aux contrats spécifiques et au droit commercial, le Code fédéral des obligations de 1881 contenait des dispositions relatives au transfert de la propriété mobilière (art. 199 aCO), au nantissement (art. 210 aCO) et au droit de rétention (art. 224 s. aCO), ainsi qu'à la capacité des parties (art. 29 à 35 aCO)[58]. L'adoption du Code civil suisse imposait dès lors une refonte totale du Code fédéral des obligations en harmonie avec le Code civil. C'est ainsi que le Code des obligations de 1911 fut formellement désigné comme la *«Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)»*. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le titre préliminaire, relatif notamment à l'interprétation de la loi (CC 1), au pouvoir d'appréciation du juge (CC 4) ou encore au fardeau de la preuve (CC 8), s'applique directement au Code des obligations[59].

A ce titre, la partie consacrée au droit des obligations aurait donc dû se fondre dans le Code civil, comme ce fut le cas pour les autres codifications en Europe. Or, tel ne fut pas le cas; le Code des obligations recevait en effet une numérotation spécifique dans le Recueil systématique des lois fédérales (RS 220), le distinguant dès lors du Code civil (RS 210). Cette question fut discutée en-

---

57 La modification fut acceptée à 72,2% (participation de 52,75%) et 15 cantons et 3 demi-cantons (FF 1898 IV 958); l'arrêté du Parlement date du 30 juin 1898 (FF 1898 III 570) et le Message du Conseil fédéral du 28 novembre 1896 (FF 1896 IV 574); cf. ég. *http://www.admin.ch/ch/f/pore/va/18981113/det54.html.*

58 Sur l'ensemble, cf. VIRGILE ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations: Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant, Lausanne 1892.

59 PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, Vol. II, T. I, Bâle 2009, n. 119 ss; SCHMID, BSK ZGB I, n. 1 s. ad art. 7 CC; FOËX, CR-CC I, n. 3 s. ad art. 7 CC; FRIEDRICH, BKomm., n. 6, 35 ss ad art. 7 CC.

core dans la commission de rédaction[60]. Elle opta pour cette demi-scission «systématique» afin de ne pas préjuger de la question de savoir si lors de la révision ultérieure de la partie consacrée au droit des sociétés (art. 552 ss CO), cette partie serait définitivement détachée en un code de commerce; cela aurait alors permis d'intégrer pleinement la première partie du Code des obligations au Code civil[61]. La réforme de 1936 n'a finalement pas entraîné de modifications de la structure, les décisions pragmatiques de 1911 n'ayant pas été remises en cause.

Ce lien formel entre Code civil et Code des obligations se maintient aujourd'hui encore, non seulement à travers les commentaires (bernois, zurichois) qui couvrent les deux matières dans une numérotation des volumes en continu, mais aussi bien sûr par le lien assuré entre les deux parties à travers l'art. 7 CC relatif aux «dispositions générales du droit des obligations» qui dispose que *«[l]es dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil»*. Cette passerelle crée le lien entre Code civil et Code des obligations; elle met toutefois aussi en évidence que le législateur, dès l'origine, les a perçus et conçus de manière autonome. Nous reviendrons encore sur le lien assuré par l'art. 7 CC entre les dispositions générales du Code des obligations et du Code civil[62].

Cette unité dans la diversité se perçoit aussi dans l'enseignement, où l'on est aujourd'hui en principe professeur de droit civil ou professeur de droit des obligations, mais très rarement professeur de droit privé!

b. Un droit civil et un droit commercial intégré

Comme le Code civil, le Code des obligations poursuit le but d'*une rédaction aussi claire que possible.* Il s'agit là d'une volonté déjà affichée sous l'égide du Code fédéral des obligations, comme l'indiquent les conseils donnés par *Johan Caspar Bluntschli* à *Munzinger*[63]. Dans son message du 3 mars 1905, le Conseil fédéral relève d'ailleurs la clarté du texte de 1881[64]. Nul doute toutefois que les améliorations entreprises entendaient maintenir ce standard de clarté.

---

60 Rossel, Manuel (note 18), p. 15 s.

61 Virgile Rossel, Code civil suisse y compris le code fédéral des obligations: édition annotée, 4e éd., Lausanne 1929, p. XIII.

62 Cf. *infra* p. 213, 225.

63 Courrier de Johann Caspar Bluntschli à Munzinger du 15 juin 1862 adressé depuis Heidelberg, cité d'après Fasel, Munzinger (note 35), p. 72: «[...] Ich würde für die Schweiz sehr zu grösserer Einfachheit und Kürze rathen und wenn gleich mit starker Benutzung des neuen Werkes [...]» (in: Staatsarchiv Soleure, Nachlass Walther Munzinger).

64 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, FF 1905 II 1, en part. p. 6.

En renonçant à un code de commerce distinct, le législateur de 1881 avait fait le choix d'abandonner l'idée de réglementations spécifiques pour les commerçants. En effet, l'intégration dans le Code des obligations des règles du droit commercial, en particulier du droit des sociétés, imposait de traiter largement de la même manière les contrats «civils» et les contrats «commerciaux». Les quelques règles spécifiques (notamment l'art. 191 al. 2 et 3[65] ou encore l'art. 104 al. 3 CO) *n'ont ainsi pas créé un véritable régime spécifique des contrats commerciaux,* toujours sous l'égide de la défiance des régimes particuliers ou de classe. Ainsi, même le contrat commercial, à savoir le contrat qui porte sur l'acquisition de biens pour leur revente[66], est soumis largement aux mêmes principes de bonne foi (CC 2 I) et aux régimes d'exécution et d'inexécution. Cela ne va pas de soi. Le droit turc nous en offre un bon exemple, puisque malgré la reprise du Code des obligations en 1926[67], il prévoit un régime spécifique aux contrats commerciaux intégré dans le code de commerce, en vigueur depuis 1957 et révisé en janvier 2011[68].

A cette époque, la notion de «consommateur» n'avait pas encore fait son apparition. Partant, l'idée de dissocier le droit du contrat de consommation du droit des obligations n'était pas encore apparue, ni en 1881, ni en 1911. Nous reviendrons ultérieurement sur la question de savoir ce qu'il faut en penser aujourd'hui[69].

2. *L'ampleur des modifications apportées par le Code de 1911*

Le processus législatif de réforme du Code fédéral des obligations s'est déroulé de manière curieuse (a.). Il avait d'abord été pensé comme une réforme très légère, puis les acteurs décidèrent finalement d'aller au fond des choses (b.), mais faute de temps reportèrent l'examen détaillé du droit commercial à la période postérieure à l'entrée en vigueur du Code des obligations, avec une entrée en vigueur en 1938 (c.).

---

65 Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, n. 628 ss.

66 Cf. la définition retenue par le Tribunal fédéral pour les ventes commerciales, ATF 65 II 171.

67 Cf. sur cela notamment Roland von Büren/Susan Emmenegger/Thomas Koller (édit.), Rezeption und Autonomie: 80 Jahre türkisches ZGB, Journées turco-suisses 2006, Berne 2007 (avec de nombreuses contributions); ég. Vedat Buz, Die Rezeption des Schweizerischen OR in der Türkei, in: A. Lâle Sirmen/Çiğdem Kırca/Vedat Buz (édit.), Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuches, Ankara 2007, p. 32 et les diverses contributions contenues dans cet ouvrage; ainsi que Pierre Tercier, La réception du droit civil suisse en Turquie, RDS 116 (1997) I 3 ss; Eugen Bucher, Was gesagt wurde, was ungesagt blieb, in: A. Lâle Sirmen/Çidem Kırca/Vedat Buz (édit.), Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuches, Ankara 2007, p. 217 ss.

68 Le nouveau Code de commerce turc du 13 janvier 2011 («CCom turc») entrera en vigueur le 1er juillet 2012, Gazette Officielle du 14 février 2011 (n° 27846).

69 Cf. *infra.* p. 217 ss.

a. Un processus législatif tourmenté

Dans son Message du 3 mars 1905[70], le Conseil fédéral indiquait: «En procédant à une révision du droit des obligations, nous avons estimé qu'il était préférable de ne pas entreprendre la refonte totale et de nous résigner à ses imperfections les moins graves, celles-ci étant d'ailleurs atténuées par l'ordre des matières fort judicieux et la langue très claire du Code de 1881. Des modifications de fond et des adjonctions ne seront proposées que sur les points où l'urgence d'une révision est incontestable.»[71] A ce postulat de *principe d'une révision homéopathique,* le Conseil fédéral souligne qu'il entend introduire des règles sur la reprise de dettes *(Schuldübernahme)*, qui était passée sous silence dans le Code de 1881, mais qui doit constituer un complément indispensable au régime des gages immobiliers. Il ajoute qu'il va préciser le contrat de louage de service (le contrat de travail) rédigé de manière trop sommaire dans le droit de 1881.

De manière générale, le Conseil fédéral est parti du principe suivant: «Le Code de 1881 sera incorporé tel quel dans le Code civil suisse, sauf à le remanier quand cela paraîtra nécessaire, ou du moins très désirable, à la lumière des expériences faites jusqu'à ce jour»[72]. Cette opinion reprenait largement celle de Eugen Huber, l'auteur d'un avant-projet en 1904, qui fut la base du projet de 1905 et du Message du Conseil fédéral.

Les Chambres fédérales jugèrent toutefois *ce programme trop modeste;* elles décidèrent de faire examiner le projet de 1905 par une grande Commission d'experts[73]. Cette dernière siégea en 1908 et 1909, mais fut pressée par le temps, car on s'était engagé à terminer le nouveau droit des obligations assez tôt pour qu'il pût être appliqué dès le 1er janvier 1912[74]. Si la commission remania plus profondément le Code de 1881, elle laissa en dehors de ses délibérations divers titres que modifiait le projet de 1905 (sociétés en nom collectif et en commandite, raisons de commerce, notamment), puisqu'elle se contenta de refondre les art. 1 à 551, en renvoyant à plus tard la révision des art. 552 ss[75]. Cette révision eut lieu le 18 décembre 1936[76].

Sur la base des travaux de cette grande commission, *Eugen Huber* retravailla alors son projet qui fit l'objet d'un nouveau message du Conseil fédéral du 1er juin 1909[77]. Après les débats aux Chambres fédérales et l'élimination des divergences, le texte fut adopté en novembre 1910, sous réserve d'une mise au point

---

70 FF 1905 II 1.

71 Message du 3 mars 1905 (note 64), FF 1905 II 1, en part. p. 5.

72 Message du 3 mars 1905 (note 64), FF 1905 II 1, en part. p. 6.

73 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la revision du Code des obligations du 1er juin 1909 (Supplément au message du 3 mars 1905), FF 1909 III 747; ROSSEL, Manuel (note 18), p. 14.

74 ROSSEL, Code civil suisse (note 61), p. XII.

75 ROSSEL, Code civil suisse (note 61), p. XII; ROSSEL, Manuel (note 18), p. 17.

76 RO 53, p. 185.

77 Rapport du 1er juin 1909 (note 73), FF 1909 III 747.

de la rédaction dans les trois langues officielles[78]. La commission de rédaction ajouta simplement la partie non révisée (art. 552 à 890) au texte révisé et traduit[79]. Cela permit ainsi aux Chambres fédérales d'adopter à l'unanimité le Code des obligations le 30 mars 1911[80].

b. Les modifications importantes par rapport au Code de 1881

Outre une «systématisation plus logique»[81] du Code de 1911, celui-ci renferme de nombreuses modifications.

Parmi *les refontes importantes,* on peut noter le fait que la lésion (art. 21 CO) est devenue une cause de rescision des contrats et que la liberté contractuelle est rappelée à l'art. 19 CO. Le chapitre relatif aux actes illicites (art. 41 ss CO) a été profondément remanié, tout comme celui consacré au contrat de travail (alors appelé «louage de services»; art. 319 ss CO).

Parmi *les principales nouveautés,* on peut noter l'introduction des règles sur la reprise de dettes (art. 175 ss CO), sur la garantie des vices rédhibitoires dans le commerce de bétail (art. 198 et 202 CO), sur la vente d'immeubles (art. 216 ss CO), sur la vente par acomptes (art. 226 ss CO) et la vente aux enchères (art. 229 ss CO), sur le contrat de donation (art. 239 ss CO), sur le contrat de bail à cheptel (art. 302 ss CO), sur le contrat de courtage (art. 412 ss CO), sur le contrat d'entrepôt (art. 482 ss CO), sur les rentes viagères (art. 520 ss CO) ou encore sur le cautionnement d'officiers publics (art. 504 et 509 al. 2 CO).

Dans le même temps, plusieurs matières traitées par le Code fédéral des obligations *passèrent dans le Code civil.* Il s'agissait notamment des règles sur la capacité civile et les consentements (art. 29 à 35 aCO), de celle sur la responsabilité du chef de famille (art. 61 aCO), de celles relatives à la possession et sa protection, du transfert de propriété mobilière, du nantissement et du gage (art. 199 à 228, moins 204 [devenu l'art. 185 CO] aCO), ainsi que de celles relatives aux associations (art. 716 à 719 aCO).

Ce toilettage intensif est allé de pair avec une reformulation parfois légère, parfois plus importante, d'autres dispositions. L'on ajouta aussi l'un ou l'autre paragraphe, par exemple un alinéa 2 à l'art. 107, complétant ainsi le régime de la demeure qualifiée, ou encore un alinéa 3 à l'art. 120, réglant la question débattue de la compensation avec une créance prescrite[82], pour évoquer quelques-unes de ces modifications[83].

---

78 Pour le texte de la commission de rédaction, cf. FF 1911 I 695.

79 Rossel, Manuel (note 18), p. 17.

80 Rossel, Manuel (note 18), p. 17.

81 Rossel, Code civil suisse (note 61), p. XII.

82 Cf. sur ce processus, Pascal Pichonnaz, La compensation, th. habil., Fribourg 2001, n. 1619; ég. Pascal Pichonnaz, Compensation et prescription: le dialogue difficile d'un couple à la fleur de l'âge?, Revue fribourgeoise de jurisprudence, Le droit en mouvement, Volume spécial pour les 10 ans de la revue, Fribourg 2002, p. 87 ss.

83 L'édition de V. Rossel (Code civil suisse, [note 61]) contenait en italique toutes les modifications par rapport à l'ancien Code fédéral des obligations de 1881 jusqu'à la 4e édition.

c. *Les modifications législatives ultérieures*

A peine le Code des obligations de 1911 était-il adopté que *Eugen Huber* fut chargé de préparer la révision de la dernière partie du droit des obligations[84].

En 1916, il a ainsi soumis au Département de Justice et Police un avant-projet relatif au droit des *sociétés commerciales.* Après un premier travail en commission, le Conseil fédéral publia le projet et un rapport en 1920, et le soumit à une large consultation. A la mort de Eugen Huber (le 23 avril 1923), l'ancien Conseiller fédéral Arthur Hoffmann fut chargé de remanier le projet. Il déposa un projet la même année. Celui-ci fit l'objet de discussions par une grande commission en 1924 et 1925. Après le Message du Conseil fédéral de 1928[85], l'adoption de conventions internationales en matière de change en 1931 incita le Conseil fédéral à proposer aux Chambres fédérales d'intégrer ces dispositions à la suite du droit commercial.

Après les délibérations de 1931 à 1936, l'Assemblée fédérale adopta le 18 décembre 1936 *une version révisée des art. 552 ss CO,* marquant ainsi la dernière étape de la refonte du Code fédéral des obligations de 1881. Le Code des obligations dont nous fêtons le Centenaire porte dès lors essentiellement sur la partie des obligations et des contrats spéciaux (art. 1 à 551 CO). Les art. 552 ss CO sont en effet plus jeunes. Cela justifie d'autant plus que notre présentation s'attache surtout aux obligations et au droit des contrats.

On ne peut toutefois pas s'empêcher de constater que le Code des obligations n'est pas resté de marbre face à l'évolution de la société et des mœurs. Ainsi, ce ne sont pas moins de *86*[86] *actes législatifs qui l'ont modifié* (et certes parfois juste corrigé) depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1912[87], si l'on tient aussi compte de la révision (unique mais fondamentale) du 18 décembre 1936 déjà mentionnée.

Certaines *modifications* sont légères, d'autres *plus importantes,* comme ce fut le cas de la modification du cautionnement (art. 492 ss CO) en 1941[88], qui améliora la position de la caution, notamment par le biais du droit de résiliation et de l'exigence de forme[89], de l'introduction du contrat d'agence (art. 418a ss CO) en 1949[90], de la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (art. 1157 ss CO) en 1949[91], du développement des règles sur la vente par acomptes (art. 226a ss CO) et la vente avec paiements préalables (art. 227a ss

84 Rossel, Manuel (note 18), p. 17.
85 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi révisant les titres XXIV à XXXIII du Code des obligations, du 21 février 1928, FF 1928 I 233.
86 Il s'agit des modifications jusqu'au RO 2009 5597.
87 RO 27 321.
88 RO 58 279, 290, 646.
89 Meier, CR-CO I, n. 60 ad art. 493 CO.
90 RO 1949 813.
91 RO 1949 820.

CO) en 1962[92], de la modification du droit de résilier les contrats de bail en 1970 (art. 267a ss aCO)[93], de la modification fondamentale du contrat de travail (art. 319 ss CO) en 1971[94] et de ses règles sur les congés en 1988[95], puis de la modification importante du droit du bail (art. 253 ss CO) et du droit du bail à ferme (art. 275 ss CO) en 1989[96], de l'introduction des règles de protection du consommateur et le droit de révocation (art. 6a et 40a ss CO) en 1990[97], de l'impact de l'introduction du droit foncier rural sur le droit de préemption (suppression des art. 218bis ss CO) de 1991[98], de la révision fondamentale du droit de la société anonyme (art. 621 ss CO) en 1991[99], de la réforme des règles de protection contre le licenciement collectif dans le contrat de travail (art. 333 ss et 335d ss CO) en 1993[100], de la modification des règles sur la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO) en 1999[101], de la suppression de la vente par acompte dans le Code (art. 226*a* ss CO) en raison de l'introduction de la LCC en 2001[102], de la modification relative à la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration (art. 663b ss CO)[103], de la modification substantielle du régime de la société à responsabilité limitée en 2005[104], des modifications importantes liées aux titres intermédiés (art. 470 al. 2[*bis*], 622 I, 627 ch. 14, 973*a*–973*c*[105]) de 2008, des modifications apportées par les règles sur la protection de l'adulte de 2008 (art. 35, 134, 240, art. 397*a*, 405, 545, 619, 928)[106], de celles liées à l'introduction de la procédure civile suisse en 2011 qui ont eu pour effet de transférer les règles de procédure hors du Code des obligations (en part. les art. 97, 135, 138, 139, 193, 259*i*, 273, 274 à 274*g*, 276*a*, 301, 331*e*, 343, 396, 697, 697*h*, 706*a*, 756, 957, 963, 1165)[107]; ainsi que de l'introduction d'un art. 936*a* CO relatif au numéro d'identification des entreprises (LIDE) en juin 2010[108].

De manière générale, on peut dire que *les modifications de fond* ont touché trois aspects bien distincts:

(a) *L'évolution du droit des sociétés de capitaux.* Avec la globalisation, les sociétés de capitaux ont dû être adaptées aux nouvelles exigences du marché

92 RO 1962 1082.
93 RO 1970 1272.
94 RO 1971 1461.
95 RO 1988 1472.
96 RO 1990 802.
97 RO 1991 846.
98 RO 1993 1404.
99 RO 1992 733.
100 RO 1994 804.
101 RO 2002 949.
102 RO 2002 3846.
103 RO 2006 2629.
104 RO 2007 4791.
105 RO 2009 3577, en part. 3591.
106 RO 2011 725.
107 RO 2010 1739.
108 RO 2010 4989, en part. 4996.

(révision de la SA et de la Sàrl, mais aussi modification des valeurs nominales des actions ou de la gouvernance d'entreprise, voire des règles liées à l'adoption de la LFus). En outre, les exigences de transparence et de rigueur imposées par l'Union européenne, et surtout par les standards internationaux, ont également induit toutes sortes de modifications (de nouvelles règles en matière de comptabilité commerciale ou de transparence notamment).

(b) *La montée du droit privé social.* Plusieurs dispositions modifiées sont le fait d'un changement de perception sociale et d'un accroissement de la protection des parties plus faibles au contrat (droit du travail, droit du bail et protection des consommateurs de manière plus générale).

(c) *L'adoption d'un code de procédure civile suisse.* En raison de la compétence cantonale en matière de procédure civile, le Code des obligations contenait de nombreuses règles de procédure, en particulier lorsqu'il s'agissait de garantir à travers ces règles une application uniforme du droit fédéral. Avec l'adoption du Code de procédure civile suisse en 2008, entré en vigueur au 1er janvier 2011, il est devenu possible d'extraire du Code des obligations les règles purement procédurales pour les intégrer au Code de procédure civile (CPC[109]).

Dès lors, nombre de modifications du Code des obligations sont liées au fait que celui-ci intègre d'une part du droit commercial et d'autre part du droit social.

3. *Le développement plus important de règles hors du code*

Le développement de *règles légales ou standardisées hors du code* s'est accentué dans les dernières décennies sous deux formes: l'adoption de lois spéciales (a.) et la standardisation des contrats spécifiques à travers la pratique (b.).

a. *Les lois spéciales*

Les règles des contrats courants (contrats de vente, d'entreprise ou de prêt) ou celles relatives aux contrats d'affaires (contrats de courtage, d'agence notamment) n'ont que très peu changé dans le Code des obligations depuis le 1er janvier 1912, voire parfois depuis le 1er janvier 1883. Cette stabilité des règles du Code contraste toutefois avec la *prolifération de nouvelles lois* hors du Code.

Certes, dès l'origine, la Loi sur le contrat d'assurance (LCA) de 1908[110], actuellement en cours de révision[111], constituait un premier coup de butoir à *la notion de codification globale.* Ainsi, déjà en 1911, le Code des obligations

109 Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

110 RS 221.229.1.

111 Voir la documentation mise à disposition par le DFJ sur *http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01345/index.html?lang=fr* (consulté le 10.02.2011).

n'était plus la codification en un seul tenant, systématisée et organique, de tout le droit des obligations, des contrats et du droit commercial. Dès l'origine, le contrat d'assurance privée a été jugé trop spécifique et trop particulier pour être incorporé au tout[112].

En revanche, l'apparition de règles légales, complémentaires à celles du Code, a débuté en matière de *droit social,* en particulier par l'adoption de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail en 1956[113] ou par celle de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale en 1995[114].

Le moment crucial fut toutefois l'adoption du *paquet Swisslex de 1993,* qui suivit le rejet de l'Espace Economique Européen (EEE) par le peuple suisse[115]. En effet, face à l'énorme travail de préparation de la reprise de l'acquis communautaire en droit privé auquel il avait procédé dans le paquet de lois *Eurolex*[116], le Parlement décida d'adopter une partie des ces lois, en dépit du rejet de l'EEE[117]. Ces lois relatives au droit des contrats hors du Code furent ainsi le résultat d'une réflexion pragmatique. Le paquet Eurolex avait été préparé hors du Code au vu de son ampleur, mais aussi pour des questions de temps[118]. Toutefois, ce n'était certainement pas la seule solution possible, puisque d'autres pays voisins ont intégré les transpositions des directives européennes de droit privé dans leur code civil; c'est le cas notamment de l'Allemagne et de l'Autriche. Or, en 1993, les lois du paquet Eurolex étaient déjà prêtes et le Parlement ne voulait pas perdre de temps, ni probablement le *momentum,* en retravaillant l'ensemble pour l'intégrer au Code des obligations. C'est ce qui entraîna finalement l'adoption de lois spéciales, à titre de *transposition autonome*[119]. Ce fut le

---

112 Cf. Message du Conseil fédéral sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, du 2 février 1904, FF 1904 I 267 ss, en part. p. 269.

113 RS 221.215.311; Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, du 29 janvier 1954, FF 1954 I 125.

114 RS 221.213.15; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale, du 27 septembre 1993, FF 1993 III 912.

115 Cf. Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757–942.

116 Cf. Message I du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE), du 27 mai 1992, FF 1992 IV 1–442 et Message II du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE), du 15 juin 1992, FF 1992 V 506–732; ainsi que l'Arrêté fédéral sur l'Espace économique européen (EEE) du 9 octobre 1992, FF 1992 VI 53–54.

117 Cf. pour le processus, notamment MARLIES KOLLER-TUMLER, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: E. Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privarecht, vol. X, Bâle 2008, p. 43 s.

118 Cf. Message I du 27 mai 1992 (note 116), p. 93 ss.

119 Sur ce concept, cf. notamment MARC AMSTUTZ, Interpretatio multiplex: zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: H. Honsell et al. (édit.), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 84; PASCAL PICHONNAZ, Überlegungen zur «autonomen» Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG

cas pour trois lois adoptées en 1993, la Loi fédérale sur le voyage à forfait (LVF)[120], la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)[121], la Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC)[122], révisée de manière importante en 2001[123], et pour la réglementation sur le transfert des rapports de travail en cas de transfert d'entreprise (CO 333[124]). En revanche, les règles sur «le droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables» (art. 40*a–f* CO), inspirées de la Directive relative à la conclusion des contrats hors des établissements commerciaux, avaient déjà été adoptées le 5 octobre 1990[125].

Ces lois sont aussi marquées par le développement de l'idée d'un *droit du contrat de consommation,* dans le prolongement de la Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC)[126], dont les projets de modification ont tous deux avorté[127]. De la même manière, les règles relatives au «droit d'utilisation d'immeubles en temps partagé» (art. 40*g*–40*k* CO[128]) ont aussi été abandonnées[129]. Dans la foulée, le projet de

---

über den Verbrauchsgüterkauf in der Schweiz, in: M. J. Schermaier (édit.), Verbraucherkauf in Europa, Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, Munich 2003, p. 287 ss; Pascal Pichonnaz, La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier, in: L. Thévenoz et al. (édit.), Droit de la consommation = Konsumentenrecht: liber amicorum Bernd Stauder, Zurich/Genève 2006, p. 332 ss; Thomas Probst, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: F. Werro/T. Probst (édit.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats = Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts: aktuelle Fragen aus dem Haftpflicht- und Vertragsrecht, Berne 2004, p. 13 ss.

120 Loi fédérale du 18 mars 1993 sur les voyages à forfait (LVF; RS 944.3); cf. ég. Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757.

121 Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP; RS 221.112.944); cf. ég. Message du 24 février 1993 (note 120), FF 1993 I 757.

122 Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC; RS 221.214.1), ancienne version au RO 1994 367.

123 Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur le crédit à la consommation, du 14 décembre 1998, FF 1999 III 2879.

124 TF, 23.10.2006, 4C.155/2006 consid. 3.2; ATF 132 III 32 consid. 4.1, SJ 2006 I 193, JdT 2006 I 257*; ATF 129 III 335 consid. 6, JdT 2003 II 75.

125 Introduit par le ch. I de la Loi fédérale du 5 octobre 1990, en vigueur depuis le 1er juillet 1991 (RO 1991 846; FF 1986 II 360).

126 RS 944.0.

127 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 9 novembre 2005 («Le Conseil fédéral renonce à réviser la loi», *http://www.admin.ch/cp/f/4371cdd3_1@fwsrvg.html)* et Communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 («Information des consommatrices et des consommateurs: pas de révision de la loi», *http://www.admin.ch/cp/f/43a95adb_3@fwsrvg.html).*

128 FF 2006 2501, *http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/2501.pdf.*

129 Voir l'initiative parlementaire Time-sharing en matière immobilière, Protection des consommateurs, Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 octobre 2005 (FF 2006 2483, *http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/2483.pdf)*; cf. ég. la décision de classer le dossier selon la décision à la courte majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national: 00.421 n Iv.pa. Time-sharing en matière immobilière, Protection des consommateurs

loi de 2005 modifiant le Code des obligations et la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) tendant à «l'amélioration de la protection du consommateur» de 2005 a lui aussi été abandonné[130]. Le projet récent de révision de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale que les Chambres fédérales ont examiné à la fin 2010 et au début 2011 proposait des améliorations notamment en matière de protection contre les conditions générales abusives; le Conseil national ayant rejeté le 8 mars 2011[131] la modification de l'art. 8 LCD telle qu'adoptée par le Conseil des Etats, il n'est pas certain que la solution de compromis proposée par ce dernier[132] trouve grâce aux yeux de la Chambre du peuple. Ainsi, le développement du droit contractuel de la consommation est resté relativement modeste en Suisse, en dépit des impulsions importantes de 1993 et malgré l'existence de règles constitutionnelles en matière de protection des consommateurs (Cst. 97), des règles de compétence locale (CPC 32) et de droit applicable (LDIP 120).

En outre, le développement de *règles de «droit rural»,* lié à la conscience de préserver de manière particulière le tissu agricole de la Suisse, a été marqué par l'adoption de lois spéciales. Là aussi, la conception qui prévalait était que le but de politique agricole rendait toutes ces règles trop spécifiques pour qu'elles soient intégrées dans le Code des obligations[133]. Ce fut le cas pour la Loi fédérale sur le droit foncier rural de 1994 (LDFR)[134] et la Loi fédérale sur le bail à ferme agricole de 1985 (LBFA)[135].

Enfin, l'adoption de plusieurs *lois à caractère commercial* hors du Code des obligations est aussi marquée par l'idée que ces règles sont trop spécifiques pour les intégrer au Code, ou qu'elles ne couvrent pas uniquement des questions de droit des contrats. Ce fut le cas de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale de 1986 (LCD)[136], dont la révision a été adoptée par le Parlement[137], et qui n'a qu'un effet indirect sur le droit des contrats ou des sociétés.

(de Dardel), Rapport de la Commission des affaires juridiques du 7 juillet 2006, *http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2000/f_bericht_n_k12_0_20000421_0_20060707.htm.*

130 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 9 octobre 2005, renonçant à soumettre un projet au parlement, *http://www.ofj.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2005/2005-11-091.html.* Pour une discussion, voir notamment PICHONNAZ, La protection du consommateur (note 119), p. 324 ss.

131 Cf. notamment pour un compte-rendu PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 107 (2011), p. 181 ss, note 3; Communiqué de la CAJ-N du 5 novembre 2010 *(http://www.parlament.ch/f/mm/2010/Pages/mm-rk-n-2010-11-05.aspx).*

132 Séance du 17 mars 2011, BOCE 2011 p. 304 s., ég. sur Internet: *http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4817/350673/f_s_4817_350673_350685.htm.*

133 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur le bail à ferme agricole, du 11 novembre 1981, FF 1982 I 269, en part. p. 280; Message du Conseil fédéral à l'appui des projets de loi fédérale sur le droit foncier rural, du 19 octobre 1988, FF 1988 III 889, en part. p. 903 s.

134 RS 211.412.11.

135 RS 221.213.2.

136 RS 241.

137 La votation finale a eu lieu le 17 juin 2011.

Ce fut ensuite le cas, en matière de fusion de patrimoines, avec la Loi fédérale sur la fusion de 2003 (LFus)[138], qui ne touche pas uniquement à des domaines réglés par le Code des obligations, mais également à certaines parties du Code civil. Le volume des règles nouvelles a là aussi dissuadé de les intégrer au Code[139]. Pourtant, on aurait pu l'envisager. En effet, le droit turc par exemple l'a fait, en intégrant les règles de la LFus dans le Code de commerce nouvellement adopté[140], démontrant par là le lien organique entre la LFus et le droit commercial du Code des obligations. Enfin, la Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs de 2005 (LSR)[141] doit être considérée comme suffisamment spécifique pour se développer hors du Code.

Ce rapide survol des principales lois de droit des obligations hors du Code révèle plusieurs traits caractéristiques ayant conduit à *l'éclatement du Code des obligations.* Nous en évoquons trois:

1° *Des règles considérées comme trop spécifiques.* Une partie des règles légales établies hors du Code des obligations l'ont été par le fait qu'elles étaient considérées comme trop spécifiques pour être intégrées au système général des obligations et des contrats. Ce fut le cas dès l'origine du droit du contrat d'assurance, puis de certains aspects du droit commercial et, de manière d'abord moins affirmée, mais de plus en plus importante, du droit de la consommation. Cet éclatement tranche toutefois avec la volonté exprimée lors de la codification du Code des obligations de renoncer à un code de commerce[142].

Les raisons ont été évoquées précédemment[143]. Il s'agissait avant tout de créer une codification qui n'instaure pas un droit différent selon les classes de citoyens (principe de l'égalité). L'idée d'avoir un *droit écrit pour les citoyens* pouvait aussi jouer un rôle. La même idée a d'ailleurs prévalu partiellement pour le droit de la consommation. Si l'art. 120 LDIP et l'art. 32 al. 2 CPC définissent le «contrat de consommation», pour prévoir des règles de for et de droit applicable spécifiques, le droit suisse ne connaît pas de Code de la consommation, contrairement p. ex. au droit turc – qui dispose pourtant du même Code des obligations –, ou bien sûr au droit français[144]. Nous aborderons plus loin la question de savoir si cela doit changer[145]; en tout cas, les

138 RS 221.301.

139 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, du 13 juin 2000, FF 2000 3995.

140 Cf. *supra* note 68.

141 RS 221.302.

142 Cf. *supra* p. 126 s.

143 Cf. *supra* p. 127 s.

144 Le Code de la consommation, publié par les éditions Dalloz, est toutefois une compilation des règles figurant dans divers arrêtés et autres actes législatifs; il ne s'agit pas d'un code au sens d'une réglementation structurée, organique et largement complète, mais bien d'un acte «de la pratique».

145 Cf. *infra* p. 217 ss.

règles *Swisslex* ont créé du droit contractuel de la consommation qui se trouve pour une large part hors du Code.

Ce processus donne à la fois une existence propre et une visibilité particulière aux matières hors du Code[146], mais dans le même temps il affaiblit le Code lui-même et produit un droit des contrats à plusieurs vitesses, sans que les délimitations soient toujours claires, voire justifiées.

2° *Des règles couvrant un domaine d'application qui dépasse le droit des obligations ou le droit commercial.* Lorsqu'une loi porte sur un champ d'application plus large que le seul droit des obligations (comme pour la LCD ou la LCart), que le droit de la responsabilité civile (comme pour la LCR) ou encore que le droit commercial, il nous semble justifié de ne pas intégrer ces règles dans le Code des obligations. En revanche, une telle exclusion ne se justifie pas toujours. Par exemple, la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (la LIC) contient des règles sur l'information des partenaires contractuels qui devraient plutôt figurer dans le Code des obligations, au même titre que d'autres règles sur l'information contenue dans des lois spéciales (information de l'emprunteur [LCC], du voyageur à forfait [LVF]). L'enjeu est là aussi lié à la question de savoir s'il faut créer un droit de la consommation «autonome» du Code des obligations[147].

3° *Des règles dont l'intégration dans le Code aurait demandé trop de temps.* Ce troisième élément factuel peut se comprendre. Il devrait toutefois amener le législateur à se demander, dans un deuxième temps, comment intégrer ces règles dans le Code des obligations lui-même. Jusqu'à présent, il ne l'a toutefois pas fait, mais s'est contenté de réviser notamment la LCC pour l'adapter aux besoins et au droit européen qui avait lui aussi évolué[148]. Notre droit gagnerait toutefois en lisibilité, nous semble-t-il, si l'on prenait le temps d'intégrer les modifications dans le régime général. Cela suppose cependant de réfléchir au type de codification que nous voulons pour le XXIe siècle; nous y reviendrons[149].

b. La standardisation par la pratique

La pratique a elle aussi développé de nombreuses règles (conventionnelles) qui ont eu pour effet de *standardiser toutes sortes de contrats.* Certes, ces règles ne

146 Cela a notamment amené les éditeurs du Traité de droit privé suisse (TDP) à publier sous la direction du Prof. E. A. Kramer un volume consacré uniquement à cette question sous le titre «Konsumentenschutz im Privatrecht» (Bâle 2008).

147 Cf. *supra* p. 126 s.

148 Cf. la Directive européenne 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

149 Cf. *infra* p. 215 ss.

sont pas des règles légales, mais elles jouent un rôle central dans les affaires et les contrats de la vie courante.

Même sans évoquer ici toutes ces règles, on peut néanmoins retenir qu'elles sont essentiellement de deux types:

1° Les règles «conventionnelles» d'institution ou d'associations. Les règles les plus importantes en pratique – et également les plus connues – sont certainement les «conditions générales» établies pour ses membres par la Société des Ingénieurs et Architectes (SIA)[150]. La liste des *«Normes SIA»* est longue. Il s'agit parfois de normes techniques[151], mais souvent aussi de normes contractuelles[152]. La plus connue et la plus importante en pratique est sans conteste la Norme SIA-118 «Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction». Elle est complétée aujourd'hui par la liste des CGC (Conditions générales de constructions pour des domaines spécialisés), désignée par référence à la Norme SIA-118 et à la Norme technique qu'elles complètent[153], p. ex. Norme SIA-118/198. Le Règlement SIA-102 concernant les prestations et honoraires des architectes et le Règlement SIA-103 concernant les prestations et honoraires des ingénieurs jouent également un rôle important dans la pratique contractuelle. La standardisation dans le domaine du droit de la construction est aussi due à des acteurs étatiques, comme pour les règles standards préparées par la Coordination des services fédéraux de la construction et de l'immobilier de la Confédération (KBOB)[154], notamment sur le contrat d'entreprise[155] et depuis peu sur le contrat d'entreprise générale et le contrat d'entreprise totale[156]. De tels conditions générales standardisées ou contrats types existent bien sûr aussi en matière de contrat d'assurance (CGA) et dans d'autres domaines.

2° Les contrats standardisés de type commercial. La pratique commerciale recourt bien souvent à des contrats innommés, en d'autres termes à des contrats qui ne peuvent pas être ramenés à un type contractuel unique du Code des obligations. Ces contrats innommés ont toutefois souvent un nom,

---

150 Pour une liste, cf. *http://www.sia.ch/download/abo_inhalt_f.pdf.*

151 Jean-Baptiste Zufferey, Trente ans de Norme SIA 118: entre stabilité et développements, JDC 2007, p. 47; Pascal Pichonnaz/Jean-Baptiste Zufferey, Les normes de la construction, JDC 2005, p. 1 ss; Hubert Stöckli, Private Baunormung, JDC 2005, p. 1 ss.

152 Zufferey, Trente ans de Norme SIA 118 (note 151), JDC 2007, p. 47; Hubert Stöckli, Die Baurisiken und ihre Verteilung, JDC 2007, p. 1 ss., p. 22 ss.

153 Pour une première analyse, cf. notamment Hubert Stöckli, Private Baunormung (note 151), p. 1 ss; Pascal Pichonnaz/Jean-Baptiste Zufferey, Les normes contractuelles: un état des lieux, in: Institut pour le droit suisse et international de la construction (édit.), Journées suisse du droit de la construction 2005, Fribourg 2005, p. 1 ss.

154 Ces contrats peuvent être consultés sur le site de l'OFL: *http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/00503/02491/index.html?lang=fr.*

155 Hubert Stöckli, Der KBOB-Werkvertrag – Mustervertrag für Einzelleistungen, BR/DC 2008, p. 4 ss.

156 Voir les modèles de contrats et le guide relatif à leur utilisation sur la page de l'OFL: *http://www.bbl.admin.ch/kbob/00493/00503/02491/index.html?lang=fr.*

raison pour laquelle on peut parler de *type commercial*[157], ce d'autant que leurs contours sont souvent assez clairement définis par la pratique d'abord, mais aussi par la jurisprudence et la doctrine[158]. Le commentaire bâlois du Code des obligations en contient une liste de plus de vingt, et d'autres ouvrages de référence les présentent également[159]. On pense d'abord au contrat de franchise ou d'affacturage, mais ensuite aussi aux contrats de leasing[160], de maintenance[161], de joint-venture[162], de licence[163], de know-how[164] et à bien d'autres. Pour l'instant, le législateur suisse ne s'en est pas vraiment emparé, même s'il balbutie le nom de l'un ou l'autre[165], comme celui du contrat de leasing à l'art. 1 al. 2 let. a LCC[166] et celui du contrat de licence à l'art. 34 LBI[167]. En revanche, certains projets européens d'harmonisation, tel le Projet de Cadre commun de référence *(Draft Common Frame of Reference)* de 2009[168], les ont déjà formellement intégrés, tels le contrat de «construction» (art. IV.C.-3:101 ss DCFR), le contrat de «processing» (art. IV.C.-4:101 ss DCFR), le contrat de «design» (art. IV.C.-6:101 ss DCFR), le contrat de «traitement médical» (art. IV.C.-8:101 ss DCFR), le contrat de franchise (art. IV.E.-4:101 ss DCFR) ou encore le contrat de distribution (art. IV.E.-5:101 ss DCFR).

---

157 Thévenoz, CR-CO I, n. 5 ad Intro ad art. 184–529 CO; Pascal Pichonnaz, Les contrats innommés: quelques questions récurrentes, in: P. Pichonnaz/F. Werro (édit.), La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats, Zurich 2009, p. 21 ss, en part. p. 31 ss.

158 Cf. Pichonnaz, Les contrats innommés (note 157), p. 31; Thévenoz, CR-CO I, n. 11 ad Intro ad art. 184–529 CO.

159 Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 7760.

160 Voir p. ex. la thèse de August Schubiger, Der Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht, St. Gallen 1970; plus récemment Alfred Koller (éd.), Leasingrecht – Ausgewählte Fragen, Berne 2007.

161 Voir p. ex. Pierre-André Morand, Le contrat de maintenance, th. Fribourg, Zurich 2007.

162 Voir p. ex. Philipp Ritz, Joint Venture Vertrag: Kommentierter Mustervertrag eines korporativen 50:50-Joint-Ventures, Zurich et al 2010; Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Joint Ventures in Switzerland, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995.

163 Voir p. ex. Reto M. Hilty, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Berne 2001.

164 Voir p. ex. la thèse de Ralf Schlosser, Le contrat de savoir-faire, Lausanne 1996.

165 L'expression est de Pierre Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., Berne 2000, p. 735; elle est reprise par Thévenoz, CR-CO I, n. 7 ad Intro et ad art. 184–529 CO.

166 Art. 1 al. 2 LCC: «Sont aussi considérés comme des contrats de crédit à la consommation: a. les contrats de leasing qui portent sur des choses mobilières servant à l'usage privé du preneur et qui prévoient une augmentation des redevances convenues en cas de résiliation anticipée du contrat; [...]».

167 Art. 34 al. 1 LBI: «Le requérant ou le titulaire du brevet peuvent autoriser des tiers à utiliser l'invention (octroi de licences).».

168 Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline edition (DCFR), Munich 2009; voir aussi pour le commentaire la *full edition* en 6 volumes et plus de 6500 pages.

Cette standardisation des contrats commerciaux est certainement le résultat de plusieurs facteurs:

- *L'augmentation de la taille de certaines études d'avocats* en Suisse est certainement un facteur qui a imposé, et permis, le développement de «modèles» de contrats au sein d'une étude. Or, ces «modèles» circulent ensuite auprès d'études concurrentes, favorisant le développement d'une certaine pratique unifiée.
- *La globalisation du marché des services juridiques commerciaux* a certainement aussi contribué à cet essor. Le développement de ces contrats standardisés commerciaux est souvent le résultat de la reprise «par osmose» de modèles anglo-saxons ou anglo-américains. En effet, non seulement ces contrats ont le plus souvent une désignation anglaise *(Licence agreement, Franchising agreement, Share purchase agreement* etc.), mais ils sont le plus souvent rédigés en anglais et ont pris l'ampleur – en articles et en pages – de contrats de *common law.*

Il y a là un impact direct sur le développement du Code des obligations. Ainsi, les *Reps and Warranties,* à savoir les «representations and warranties», déclarations de qualité indépendantes et garanties de l'existence de certains faits, proviennent du droit de *common law.* Dans ce système juridique, elles permettent d'ouvrir la voie aux sanctions pour *misrepresentation,* dont la *rescision,* l'annulation du contrat[169]. Ce régime est toutefois généralement repris conventionnellement entre les parties, en particulier dans les contrats typiques d'acquisition de manteau d'actions *(Share Purchase Agreement),* même si le droit suisse est applicable. Ces «representations and warranties» devront aussi parfois être appréciées à l'aune de l'art. 97 CO, en tant que garanties indépendantes[170], et parfois à l'aune de l'art. 197 CO, en tant que garanties dépendantes[171]. Ces aspects ont également un impact sur la définition des contours de notions à l'origine propres au Code des obligations.

---

169 GEOFFREY SAMUEL, Law of Obligations, Cheltenham/Northampton 2010, p. 134; GÜNTHER HEINZ TREITEL/EDWIN PEEL, Law of Contract, 13e éd., Londres 2007, n. 9–002 ss, p. 361 ss.

170 Cf. notamment ATF 122 III 426/428 consid. 4 et 5c, JdT 1998 I 171; TF, 04.01.2002, 4C.260/2001 consid. 3a *in fine,* Pra 2002 n. 71 p. 405 ss; ég. EDGARD PHILIPPIN, Garantie pour les défauts: clauses particulières, in: J. Schmid (édit.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zurich 2010, p. 137 ss, en part. p. 140 ss; VENTURI, CR-CO I, n. 19 s. ad art. 197 CO; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux (note 65), n. 747; GIGER, BKomm., n. 20 ad art. 197 CO; HONSELL, BSK OR I, n. 17 ad art. 197 CO; RAINER SCHUMACHER/ERICH RÜEGG, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: A. Koller (édit.), Der Grundstückkauf, 2e éd., Berne 2001, n. 177, p. 236.

171 Sur la distinction entre promesse de qualité et garantie indépendante, cf. ég. TF, 04.01.2002, 4C.260/2001 consid. 3a; ATF 122 III 426/428 consid. 4 et 5c, JdT 1998 I 171; PASCAL PICHONNAZ, Garantie pour les défauts: présentation générale, in: J. Schmid (édit.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière (note 170) p. 112.

B. L'évolution jurisprudentielle et doctrinale

Le développement du Code des obligations hors du Code est aussi le fruit d'une vigueur de la doctrine et de la jurisprudence pour faire évoluer *le droit des obligations.* Cette évolution des conceptions dogmatiques a évidemment un impact direct sur la manière dont le Code des obligations est utilisé pour trancher des différends.

Il n'est pas possible ici de reprendre toutes les innovations doctrinales ou jurisprudentielles des cent dernières années. Cela serait non seulement fastidieux, mais probablement lacunaire et peut-être inutile. Notre propos est bien plus d'examiner *quelques tendances* à travers certaines figures juridiques nouvelles ou qui ont subi de profondes modifications. L'examen de la jurisprudence permet en effet à la fois d'établir un état du passé et de poser un pronostic sur l'avenir.

Sous l'influence des conceptions des Pandectistes allemands du XIXe siècle, l'élément central du droit du contrat est constitué par *la volonté des parties (der Wille)*, principe efficient par excellence. De par l'émergence d'un droit privé social[172], l'apparence tend à l'emporter sur la volonté (I.). Dans le même temps, le rôle de la bonne foi en affaires a développé le contrat au-delà des limites posées par les volontés exprimées, étendant ainsi les règles contractuelles au-delà du contrat traditionnel (II.). En outre, le droit des obligations a subi les effets de ce que l'on appelle parfois la «socialisation du droit privé» (III.) et l'impact du droit contractuel européen (IV.).

I. De la volonté à l'apparence efficace

La notion même de contrat varie en fonction de la conception juridique qui prévaut. Afin de remettre le droit suisse et le Code des obligations dans leur contexte, rappelons les principales conceptions modernes du contrat:

1° Le contrat comme échange de promesses. Depuis le XVIIe siècle, *Hugo Grotius* (1583–1645) et les auteurs de droit naturel ont développé un contrat fondé sur la notion d'échange de promesses[173]. La promesse lie son auteur parce qu'elle est faite en considération d'une cause qui réside en principe dans une promesse réciproque déjà faite ou attendue; c'est l'origine de la *cause* du droit français[174]. Le contrat est alors d'abord bilatéral et, exception-

172 Sur la socialisation du droit privé, cf. *infra,* p. 179 ss.

173 Cf. notamment BRUNO SCHMIDLIN, Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen, in: R. Zimmermann/R. Knütel/J. P. Meincke (édit.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 2000, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, p. 190 ss.

174 Cf. art. 1108 CCfr.: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la

nellement, unilatéral. La promesse valide et efficiente transfère ensuite les éléments de patrimoine[175]; c'est tout le domaine du transfert de propriété par accord (principe consensuel, notamment du droit français[176]).

Sous l'impact du droit européen, en particulier de la Directive européenne sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation[177], le rôle des promesses unilatérales a été accru en reconnaissant le caractère obligatoire des promesses faites dans la publicité (art. 2. ch. 2 let. d: «le bien de consommation est présumé conforme au contrat: [...] s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, *compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité* ou l'étiquetage.»[178].

2° *Le contrat comme résultat d'un «bargain» (affaire négociée).* La conception anglaise est elle aussi fondée sur l'échange de promesses, qui tendent toutefois à un accord *(bargain)*[179]. Les promesses lient leur auteur parce qu'elles sont faites en considération d'une autre. En raison de la confiance en la promesse faite, son bénéficiaire a renoncé à quelque chose *(detriment)* en considération de cette promesse; ce *detriment* est la considération qui rend la promesse faite obligatoire. En d'autres termes, la promesse consiste dans le fait d'accepter de donner ou de faire quelque chose parce que l'autre partie accepte elle aussi de renoncer à une prérogative, à un élément de propriété[180]. C'est tout l'enjeu des réflexions sur la *consideration.* Pour nombre d'auteurs, il n'y a pas de véritable différence avec les théories fondées sur la volonté efficiente, car l'affaire négociée est elle aussi le résultat d'une volonté[181].

---

matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.». Sur l'origine, cf. notamment René-Marie Rampelberg, Repères romains pour le droit européen des contrats, Paris 2005, p. 81 ss et surtout François Chénedé, Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, Paris 2008, en part. p. 167 ss.

175 Grotius, De iure belli ac pacis, 1625, lib. II, cap. XI, § IV/1 (édit. critique Aalen 1993, p. 329): «quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii» (c'est là une promesse parfaite, ayant le même effet que l'alinéation de la propriété).

176 Cf. art. 711 CCfr.: «La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.»; cf. Pichonnaz, Les fondements romains du droit privé (note 4), n. 1196.

177 Cf. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 2 ch. 2 let. d (relatif à l'impact de la publicité).

178 Amstutz/Pichonnaz/Probst/Werro (édit.), Droit privé européen, Directives choisies, 2e éd., Berne 2011, p. 58; (mise en évidence par nous).

179 Samuel, Law of obligations (note 169) , p. 97; Hugh Beale (édit.), Chitty on contracts, vol. I, General principles, 30e éd., Londres 2008, n. 1–001, p. 4.

180 Samuel, Law of obligations (note 169), p. 110; Beale (édit.), Chitty on contracts (note 179), n. 1–001, p. 4.

181 Stephen A. Smith, Contract Theory, Oxford 2007, p. 56 s.

3° *La volonté efficiente comme élément fondateur du contrat.* La conception des Pandectistes allemands (autrement dit l'école historique allemande du XIXe siècle) place au centre de ses réflexions sur le contrat, non plus la promesse, mais la volonté *(der Wille)* de s'engager[182]. Il y a contrat parce qu'il y a échange de manifestations de *volonté,* réciproques et concordantes. L'acte juridique *(das Rechtsgeschäft)*, invention des Pandectistes, est la pièce centrale de ce système, même si elle n'est pas la seule[183]. L'acte juridique suppose selon la définition traditionnelle «une manifestation de volonté qui produit l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée»[184] ou pour reprendre la définition de *Andreas von Tuhr:* «eine auf rechtliche Wirkung gerichtete Willensäusserung einer oder mehrerer Privatpersonen, welche man mit einem aus dem Zivilprozess stammenden Ausdruck als Parteien zu bezeichnen pflegt»[185]. C'est de cette conception que découle l'obligation d'interpréter le contrat (et donc l'acte juridique bilatéral) d'abord selon la volonté réelle des parties (art. 18 CO), puisque c'est celle-ci qui produit l'effet obligatoire et qui en délimite dans le même temps les contours.

4° *La confiance légitime comme justification du contrat.* Pour pallier les déficiences de la théorie de la *consideration,* le droit anglais et surtout le droit américain ont développé l'idée de *reliance,* de confiance légitime. Cette confiance légitime fonde l'obligation d'exécuter une prestation «contractuelle»[186]. Si suite à une promesse, il a éveillé une confiance légitime qui a conduit l'autre partie à entreprendre des actes qui lui sont défavorables, l'auteur de la promesse doit être lié par celle-ci.

5° *Le contrat relationnel.* De nouvelles conceptions ont toutefois vu le jour. Ainsi, l'idée d'un contrat en perpétuelle évolution a amené certains auteurs à rapprocher tout contrat de durée de l'idée de société simple. Le contrat n'est plus le résultat d'un évènement unique, «la rencontre des manifestations de volontés» qui produirait des obligations déterminées, mais dépend d'une relation entre les parties qui évolue dans le temps compte tenu de certains facteurs[187]. Ces conceptions ont ainsi motivé certains

---

182 On trouve ces théories de la volonté également dans la doctrine anglaise, cf. notamment PATRICK ATIYAH, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979, p. 405 ss.

183 Voir déjà ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, vol. 1, Zurich 1974, p. 174: «Das Rechtsgeschäft ist die wichtigste, aber nicht die einzige erlaubte Handlung des Menschen, welche mit Rechtsfolgen ausgestattet ist».

184 PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 4e éd, Genève/Zurich/Bâle 2009, n. 170.

185 VON TUHR/PETER, AT (note 183), p. 174; cf. déjà ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, vol. II/1, Munich/Leipzig 1914, p. 143 ss.

186 Hormis l'importante littérature et les arrêts, cf. § 90 Restatement 2nd Contract (1981); ég. HUGH BEALE/BÉNÉDICTE FAUVARQUE-CAUSSON/JACOBIEN RUTGERS/DENIS TALLON/STEFAN VOGENAUER, Cases, Materials and Text on Contract Law, 2e éd., Oxford 2010, p. 72 ss.

187 La théorie du contrat relationnel a d'abord été suggérée dans le monde anglo-saxon par IAN R. MACNEIL, The Many Futures of Contracts, 47 S. Cal. L. Rev. 691 (1974) et fut alors développée plus avant par CHARLES J. GOETZ/ROBERT E. SCOTT, Principles of Relational Contracts,

auteurs à appliquer à la responsabilité contractuelle les règles de la société simple[188].

Sans que le texte du Code des obligations n'ait véritablement changé sur les aspects de conclusion du contrat, la nature du contrat a évolué d'une conception fondée sur une *volonté efficiente* vers un contrat de plus en plus justifié par une *protection de l'apparence* et de la confiance (1.). Dans le même temps, la responsabilité fondée sur la confiance déçue joue aussi sur cette notion d'apparence efficace (2.); enfin, en droit des sociétés notamment, l'apparence formelle a parfois cédé la place à la réalité matérielle, notamment pour la question des organes d'une société (3.).

1. La volonté interne et la protection de l'apparence efficace

La question de savoir si un contrat lie dépend de la manière dont on peut appréhender et interpréter une volonté lorsqu'elle est exprimée; c'est tout l'enjeu de l'interprétation en cas de dispute sur l'existence ou non d'un accord et son étendue (a.). Le résultat est toutefois corrigé parfois par l'apparence raisonnable, comme en matière de représentation ou de droit du travail (b.).

a. Le point de départ: une volonté à interpréter

L'art. 1er du Code des obligations souligne le rôle central de la volonté interne: «Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, *manifesté leur volonté*»[189]. Tant *l'effet formateur*[190], à savoir le fait d'être lié à un partenaire contractuel déterminé, que *l'effet obligatoire*[191], à savoir le fait d'être lié par un contenu contractuel spécifique, reposent sur la volonté concordante *exprimée* par les parties, ce qui justifie de désigner cet acte comme un acte juridique[192], dans la dogmatique traditionnelle.

---

67 Va. L. Rev. 1089 (1981); ROBERT E. SCOTT, Conflict and Cooperation in Long Term Contracts, 75 Cal. L. Rev. 2005 (1987).

188 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZKomm., n. 569 ad art. 1 CO, qui ne font toutefois pas le pas d'une authentique «relation contractuelle» (cf. n. 570 ad art. 1 CO); plus décidé RAMON MABILLARD, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen, Eine Untersuchung der culpa in contrahendo, th. Fribourg, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 111 ss; pour une critique, cf. NICOLAS KUONEN, La responsabilité précontractuelle, th. Fribourg, Genève/Zurich 2007, n. 1121 ss.

189 Mis en évidence par nous.

190 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 226; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 9e éd., Zurich 2008, n. 231.

191 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 226; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190) n. 232.

192 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 224 ss.

L'interprétation par le juge[193] se fait alors en fonction de la volonté réelle exprimée. *L'art. 18 al. 1 CO, sedes materiae* de l'interprétation contractuelle, dispose dès lors ce qui suit: «Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher *la réelle et commune intention des parties,* sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.»[194].

Jurisprudence[195] et doctrine[196] retiennent dès lors que *le but de l'interprétation du contrat* est de déterminer la volonté réelle des parties qui a été exprimée. Une volonté réelle qui serait demeurée purement interne à son auteur n'a pas de portée pour l'interprétation; elle pourrait en avoir éventuellement une dans l'hypothèse de l'erreur de base sur les motifs[197].

Comme la volonté ne s'exprime qu'à travers des paroles, des silences, des comportements, qui doivent eux-mêmes être interprétés pour déterminer *la volonté réelle,* force est de constater que la «volonté réelle» et «commune» des parties est le résultat d'une reconstruction *a posteriori* de celle-ci sur la base d'indices: Tel comportement signifie avec une haute vraisemblance que l'auteur de la manifestation de volonté avait telle ou telle intention. Tout comme un texte n'a pas de sens intrinsèque, mais un sens construit par son interprète[198], le contenu et les contours de la *déclaration de volonté* dépendent de l'interprète. Il s'agit d'abord du partenaire contractuel, mais ensuite du juge qui doit réinterpréter la déclaration, expresse ou par actes concluants, pour déterminer la volonté «voulue et exprimée». Cette appréciation par indices dépend non seulement des déclarations et comportements concomitants à la conclusion du contrat, mais également en principe des déclarations et comportements antérieurs[199] et, pour autant qu'ils donnent un éclairage sur la volonté au moment

---

193 L'interprétation se fait évidemment aussi par les parties et leurs avocats, selon une approche qui peut varier.

194 Mis en évidence par nous.

195 ATF 136 III 186 consid. 3.2.1, SJ 2010 I 393; ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423; ATF 131 III 467 consid. 1.2, JdT 2006 I 42; ATF 131 III 511 consid. 4.3.

196 Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190) n. 224 ss et 1200; Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 942; Winiger, CR-CO I, n. 1 ad art. 18 CO; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997, p. 237; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2e éd., Zurich 1988, p. 181.

197 Cf. *infra* p. 161 ss.

198 Jacques Derrida, Signature, événement, contexte, in Marges de la Philosophie, Paris 1972, p. 376; Marc Amstutz, Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von art. 1 ZGB, RDS 2007 II p. 237 ss, p. 245; Marc Amstutz/Marcel A. Niggli, Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: P. Forstmoser/H. Honsell/W. Wiegand (édit.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 9 ss; Werro, CR-CC I, n. 44, 63 ad art. 1 CC.

199 Sur la prise en compte de comportements antérieurs, cf. ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423; ATF 107 II 414 consid. 6, JdT 1982 I 167; ég. Gauch/Schluep/Schmid, OR AT

de la conclusion du contrat, des comportements ultérieurs, en particulier du comportement lors de l'exécution partielle ou totale[200].

Compte tenu de cette difficulté immanente à l'interprétation d'une «volonté réelle», la plupart des disputes relatives à l'existence ou non d'un contrat valablement conclu *(«Konsensstreit»)*[201] ou celles relatives à la détermination du contenu *(«Auslegungsstreit»)*[202] devront faire appel aux «manifestations extérieures» de cette volonté, parmi lesquelles le «texte du contrat» s'il existe, mais aussi son but et les usages entre les parties[203].

L'interprétation dite «subjective»[204], à savoir l'interprétation à l'aune de la volonté réelle (commune) des parties, n'étant finalement, elle aussi, qu'une approche par indices de cette volonté, il n'y a *pas de véritable différence de nature* avec l'interprétation dite «objective» ou normative[205], qui repose sur une extrapolation des volontés présumées des parties. En d'autres termes, dans les deux cas, le juge doit déterminer la volonté «présumée» des parties; toutefois, lorsqu'il estime que les indices peuvent convaincre avec une haute vraisemblance de l'état de cette volonté, il présentera son résultat à travers le concept d'«interprétation subjective», sinon, il le présentera à travers celui d'une «interprétation normative». Dans les deux cas, le processus est comparable, mais dans le second, les jugements de valeur sont plus nombreux ou jouent un rôle plus important. En conséquence, dans le cas de l'interprétation normative, il s'agit d'une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir librement dans le recours en matière civile (LTF 106)[206], alors que dans le cas de la volonté réelle, il s'agit d'une question de fait fondée sur la procédure probatoire, largement soustraite à l'appréciation du Tribunal fédéral, hormis la question de l'arbitraire (LTF 105)[207].

(note 190), n. 1223; KRAMER, BKomm., n. 27 ad art. 18 CO; WINIGER, CR-CO I, n. 33 s. ad art. 18 CO; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 241.

200 ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423; ATF 129 III 675 consid. 2.3, JdT 2004 I 66; ATF 107 II 414 consid. 6, JdT 1982 I 167; ég. KRAMER, BKomm., n. 28 ad art. 18 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1223; WINIGER, CR-CO I, n. 33 ss ad art. 18 CO; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 241.

201 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1227.

202 PETER GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: P. Gauch/J. Schmid (édit.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2000, p. 213; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1196.

203 Sur les éléments d'interprétation, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1205; KRAMER, BKomm., n. 29 s. et 35 ss ad art. 18 CO; WINIGER, CR-CO I, n. 36 ss ad art. 18 CO; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 242; JÄGGI/GAUCH, ZKomm., n. 370 ss ad art. 18 CO.

204 ATF 133 III 406 consid. 2.2, JdT 2007 I 364; ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423; ATF 131 III 606 consid. 4.1, JdT 2006 I 126; ATF 131 III 467 consid. 1.1, JdT 2006 I 43.

205 ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423; TF, 23.04.2009, 4A_398/2007 consid. 2.1 non publié in ATF 135 III 433; TF, 08.03.2010, 4A_610/2009 consid. 1.1.

206 ATF 133 III 675 consid. 3.3, JdT 2008 I 508; TF, 10.01.2011, 4A_608/2010 consid. 1.3; JÄGGI/GAUCH, ZKomm., n. 306 et 332 ad art. 18 CO; WINIGER, CR CO I, n. 156 ad art. 18 CO.

207 ATF 133 III 675 consid. 3.3, JdT 2008 I 508; ATF 129 III 118 consid. 2.5, JdT 2003 I 144; ATF 126 III 25 consid. 3c, JdT 2000 I 610; TF, 10.01.2011, 4A_608/2010, consid. 1.4.

Ainsi, *la différence* entre «volonté interne» et «apparence efficace» en matière d'interprétation n'est pas aussi importante qu'il n'y paraît au premier abord. Si la volonté interne est retenue comme le concept autour duquel s'organisent les réflexions, son rôle consiste plutôt à structurer le discours de l'argumentation du juge (et d'abord des parties), plutôt que de déterminer une différence de nature.

Ce constat est renforcé par l'évolution des conceptions en matière *d'interprétation de la loi.* En effet, si l'interprétation littérale a longtemps été au centre de toute interprétation, l'approche contemporaine du Tribunal fédéral marquée du sceau du pluralisme méthodologique ne saurait rester cantonnée à l'interprétation de la loi. De même, dans l'interprétation du texte d'une déclaration de volonté, l'interprétation littérale ne peut pas être comprise comme le principe cardinal. L'art. 18 al. 1 CO le souligne d'ailleurs en rappelant que les «expressions ou dénominations inexactes dont [les parties] ont pu se servir» ne doivent pas être retenues. Cela montre qu'il faut partir du texte, mais que *le texte n'a pas de sens pour lui-même;* sa portée doit être déterminée par des éléments concrets et par des éléments généraux.

Afin d'augmenter les chances d'une interprétation conforme à ce qu'une partie voulait, les contrats modernes tendent à définir de nombreuses notions, ainsi qu'à reproduire systématiquement des clauses-types dans certains domaines. En effet, par ce biais, l'apparence donnée par le texte est renforcée par des usages spécifiques ou généraux plus largement admis. L'idée qui sous-tend cette démarche est que, à défaut d'indices suffisants, «on ne peut retenir que les parties entendaient adopter une solution inéquitable ou déraisonnable»[208]. L'apparence efficace vient donc en soutien de la volonté qui souhaitait s'exprimer dans le texte. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence exige, à juste titre, que si les parties entendent choisir une solution inhabituelle, elles l'expriment le plus clairement possible. Il y a en effet une présomption de fait qu'elles n'entendaient pas déroger à l'équilibre des valeurs retenues par le législateur. En effet, c'est là le rôle premier du Code des obligations que d'exprimer certaines valeurs à travers des règles de droit dispositif pour l'essentiel[209].

Initialement comprise comme l'élément efficient par excellence, la volonté a peu à peu eu besoin du *manteau de l'apparence efficace* pour convaincre. La volonté n'est plus considérée pour elle-même, mais dépend intimement de son

---

208 ATF 119 II 368/372, JdT 1995 I 716: «Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, *weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.* Da das dispositive Recht in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat die Partei, die davon abweichen will, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.» (mis en évidence par nous); ég. JÄGGI/GAUCH, ZKomm., n. 447 ad art. 18 CO; KRAMER, BKomm., n. 48 ad art. 18 CO; ég. ATF 122 III 424.

209 PASCAL PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse in: P. Gauch et al. (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève et al. 2008, p. 377 ss, p. 386.

apparence. C'est la raison pour laquelle le juge doit faire appel à tous les éléments d'interprétation possibles pour, à travers les éléments liés à l'apparence, pouvoir soit «reconnaître» une volonté spécifique, soit la «reconstruire» à l'aune du principe de la confiance. Ce principe de la confiance pourrait d'ailleurs souvent s'exprimer sous les traits d'une *«solution économiquement raisonnable»,* dès lors que l'on touche au domaine des contrats.

b. L'apparence raisonnable comme correctif structurel

L'apparence efficace raisonnable est consubstantielle à la recherche de la volonté réelle des parties. Il n'en demeure pas moins que le Code des obligations structuré autour de la volonté a introduit parfois des correctifs structurels fondés directement sur l'apparence raisonnable. On peut à notre avis évoquer *trois correctifs* de ce type: la représentation fondée sur l'apparence (aa.), la relation contractuelle de fait (bb.) et l'accord de droit corrigé par l'erreur de base sur les motifs (cc.).

aa. La représentation fondée sur l'apparence (CO 33 III et CO 34 III)

En vertu de l'art. 32 CO, l'effet de la représentation directe ne se produit que si *deux volontés* sont efficientes: d'une part la volonté du représenté, qui s'exprime par l'octroi de pouvoirs de représentation valides *(la procuration interne)*[210], et d'autre part la volonté du représentant, qui s'exprime le plus souvent par le fait que celui-ci indique agir au nom du représenté *(la prise de qualité*[211]). En l'absence de prise de qualité, le tiers contractant n'est lié au représenté que s'il lui était indifférent de contracter avec le représenté ou n'importe quel tiers (CO 32 II). L'apparence relative à la partie engagée ne lui importe pas. Seules comptent alors pour le tiers la volonté de conclure le contrat et la volonté du représenté d'être effectivement représenté.

En revanche, l'absence de pouvoirs internes empêche en soi l'effet de représentation, sauf en cas de ratification de l'acte du pseudo-représentant aux conditions de l'art. 39 CO. Toutefois, *l'apparence raisonnable* comble cette absence de volonté d'être représenté[212]. C'est ainsi que l'art. 33 al. 3 CO fixe que «[s]i les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite»; de même, l'art. 34 al. 3 CO dispose que «[l]orsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès, soit par ses actes, les pouvoirs qu'il

210 Sur celle-ci, cf. CHAPPUIS, CR-CO I, n. 18 ad art. 32 CO; TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 407 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1343; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 384; BUCHER, OR AT (note 196), p. 602.

211 Sur celle-ci, cf. TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 396 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1327 ss; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 375; WATTER/SCHNELLER, BSK OR I, n. 17 ss ad art. 32 CO.

212 Pour une analyse récente et fouillée, ARNOLD F. RUSCH, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, th. habil. Zurich, Zurich/St Gall 2010, p. 80 ss.

a conférés, il ne peut en opposer aux tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a fait connaître également cette révocation». En fait, les deux dispositions entendent protéger la bonne foi en affaires *justifiée par l'apparence* de pouvoirs de représentation; l'art. 34 al. 3 CO évoque expressément la bonne foi du tiers et l'art. 33 al. 3 CO est interprété à juste titre comme présupposant cette dernière[213].

Ainsi, ce n'est plus l'acte juridique qui produit des effets juridiques (ou son absence qui n'en produit pas), mais *l'apparence de l'existence d'un tel acte juridique* et la confiance légitime en celui-ci par l'autre partie qui fonde l'effet contractuel. Or, cette *apparence qualifiée* découle du fait que le pseudo-représenté a fait connaître au tiers des pouvoirs qui n'existaient en réalité pas dans cette mesure, n'existaient pas du tout ou n'existent plus[214]. Cette *«procuration externe»,* communiquée au tiers, lui laisse ainsi croire à l'existence de pouvoirs qui n'ont pas été donnés ou ont été retirés dans les rapports internes (absence de procuration interne). Cette communication des pouvoirs au tiers ne fonde pas de pouvoirs du représentant, mais justifie seulement la protection de la bonne foi du tiers[215] et partant les effets comparables à un acte de représentation[216].

Le rattachement à la notion de communication de pouvoirs est toutefois artificiel. Ce qui compte, c'est uniquement de déterminer dans un cas spécifique si le tiers de bonne foi doit ou non être protégé dans sa bonne foi. Reprenons dès lors *quelques hypothèses envisagées* par la jurisprudence et la doctrine:

1° Une «communication» par le pseudo-représenté. La communication de pouvoirs inexistants ou plus larges que les pouvoirs internes par le pseudo-représenté peut être expresse. Même s'il ne s'agit pas d'un acte juridique donnant une procuration interne, il s'en rapproche, puisque c'est le pseudo-représenté qui communique ces pouvoirs au tiers, donnant pour ainsi dire autorisation expresse, mais non voulue, de passer l'acte incriminé.

En revanche, la communication de ces pouvoirs par actes concluants est déjà plus délicate. Dans ce cas, la procuration externe est fondée sur l'interprétation du comportement du pseudo-représenté selon le principe de la

---

213 Cf. avant tout l'analyse pertinente de ALFRED KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, th. Fribourg 1985, n. 275 ss; ég. ATF 131 III 511/517, ég. TF, 23.2.2006, 4C.72/2005, consid. 3.

214 Au moins neuf arrêts du Tribunal fédéral traitent de cette question selon RUSCH, Rechtsscheinslehre (note 212), p. 80: ATF 131 III 511/518; TF, 17.11.2006, 4C.293/2006 consid. 2.1.1; ATF 124 III 418, JdT 1999 I 370; ATF 124 III 363, JdT 1999 I 402; ATF 123 III 24; ATF 122 IV 332, JdT 1998 IV 45; TF, 20.01.2003, 5C.244/2002; TF, 14.05.2002, 4C.12/2002 consid. 3.2; ATF 120 II 197; ATF 88 II 422, JdT 1963 I 248; nous en avons trouvé d'autres, cf. *infra* p. 156 ss.

215 INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5e éd., Berne 2009, n. 42.04; WATTER/SCHNELLER, BSK OR I, n. 14 ad art. 32 CO.

216 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1406 ss; TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 443; ég. RUSCH, Rechtsscheinlehre (note 212), p. 81; CHAPPUIS, CR-CO I, n. 20 ad art. 33 CO; WATTER/SCHNELLER, BSK OR I, n. 14 ad art. 32 CO.

confiance. La doctrine alémanique parle alors de «externe Anscheinsvollmacht» (procuration externe apparente)[217]. Pour admettre une procuration externe apparente, qui a pour conséquence de lier le pseudo-représenté au tiers en dépit de l'absence de procuration interne, il faut que la communication des pouvoirs au tiers puisse être objectivement imputable au pseudo-représenté. En interprétant le comportement du pseudo-représenté de manière objective selon le principe de la confiance, il faut pouvoir conclure que le pseudo-représenté a lui-même communiqué des pouvoirs au tiers, qu'il ait ou non eu conscience de communiquer de tels pouvoirs, nous dit la jurisprudence[218]. Même si la jurisprudence parle encore de «communication», à savoir de «transmission d'une volonté», il s'agit en fait d'apprécier la situation de fait au regard de la bonne foi en affaires, ce qui suppose de tenir compte de l'apparence. Le critère déterminant est donc celui-ci: Si l'apparence de pouvoirs de représentation peut être imputée au pseudo-représenté, il est juste qu'il soit lié par les actes du pseudo-représentant. Ainsi, lorsque le pseudo-représenté laisse se créer l'apparence d'un pouvoir de représentation, par simple inaction, alors qu'il aurait pu et dû réagir, il est juste de protéger le tiers de bonne foi, ou celui dont la bonne foi est légitime[219]. Dans une telle hypothèse, on parle de «Duldungsvollmacht»[220] ou procuration par tolérance[221]. Si le comportement du pseudo-représenté est une inaction, il doit y avoir «suffisamment d'éléments objectifs» qui permettent au tiers de déduire de l'inaction du pseudo-représenté la communication de l'existence des pouvoirs du pseudo-représentant[222].

L'étendue de la protection du tiers (ce que l'on peut encore appeler la «procuration externe») dépendra de ce que le tiers était en droit de comprendre selon les règles de la bonne foi en affaires; la volonté du pseudo-représenté

217 Cf. TF, 21.3.2003, 4C.389/2003 consid. 4.2.2, in: SJ 2003 I 529; ATF 120 II 197 consid. 2a, JdT 1995 I 194; ATF 49 II 208 consid. 1, JdT 1923 I 570; ég. Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964, p. 154; Theo Guhl/Hans Merz/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8e éd., Zurich 1991, p. 158; Bucher, OR AT (note 196), p. 612; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3e éd., Berne 2009, § 19 n. 8; la terminologie n'est toutefois pas unifiée; cf. sur l'ensemble Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190), n. 1394.

218 ATF 120 II 197 consid. 2b/bb, JdT 1995 I 194; Zäch, BKomm., n. 41 ad art. 33 CO; Chappuis, CR-CO I, n. 12 ad art. 33 CO; Koller, OR AT (note 217), n. 8 ad § 19.

219 On retrouve cette idée in: ATF 124 III 418 consid. 1c, JdT 1999 I 370*, SJ 1999 I 249; TF, in: SJ 2000 I 198.

220 ATF 133 V 408 consid. 5.3.4; ATF 120 II 197 consid. 2b/bb; TF, 12.10.2010, 5A_500/2010 consid. 6.2; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190), n. 1411.

221 Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 449; Chappuis, CR-CO I, n. 12 ad art. 33 CO, qui parle de procuration tolérée.

222 TF, 11.7.1995, Praxis 85(1996), n. 128 p. 423; ég. Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190), n. 1394.

ou du pseudo-représentant ne joue ici alors aucun rôle[223]. Cela se détermine par rapport au degré d'exigences posé par le Tribunal fédéral, qui précise que «[s]elon la jurisprudence rendue en matière commerciale, en cas de simple dépassement des pouvoirs de représentation, seuls des doutes sérieux sur les réels pouvoirs du représentant peuvent conduire à nier la bonne foi du tiers cocontractant; en cas d'abus, des doutes d'une intensité relativement faible suffisent»[224].

2° *Une «communication» par le pseudo-représentant.* Le tiers de bonne foi n'est plus protégé selon la doctrine et la jurisprudence si la communication des pouvoirs inexistants est le fait du pseudo-représentant[225]. Lorsque le pseudo-représenté est une collectivité publique, la communication doit émaner d'elle-même ou d'une instance compétente pour conférer les pouvoirs de représentation en cause[226]. La raison de cette exigence n'est pas liée à l'idée de «communication», puisque – nous l'avons dit – le pseudo-représenté peut même ne pas avoir conscience qu'il «communique». Il s'agit plutôt de définir les contours de l'apparence qualifiée. Confronté à un pseudo-représentant qui prétend être le représentant d'une autre personne, le tiers contractant a un devoir d'examen, de contrôle. En l'absence de contrôle adéquat, la jurisprudence retient soit l'absence de communication de pouvoirs[227], soit l'absence d'une bonne foi légitime[228].

La jurisprudence admet ainsi une «communication» si le pseudo-représentant apparaît comme le messager du pseudo-représenté[229]. Dans ce cas, l'apparence de pouvoirs est qualifiée si le tiers contractant n'a pas les moyens de savoir que les pouvoirs n'existent plus ou ont été limités. Pour admettre que le pseudo-représentant est un «messager», il faut que le tiers puisse de bonne foi admettre que la communication de pouvoirs faite par le pseudo-représentant est issue du pseudo-représenté. Tel est le cas si le pseudo-représentant soumet au tiers le titre que lui a remis le représenté pour justifier de ses pouvoirs, alors même que ces pouvoirs ont été révoqués ou restreints. Il n'y aura apparence efficace que si le tiers contractant peut se fier de bonne foi à ce document, notamment s'il n'est pas trop ancien (sinon il faut admettre une obligation de confirmation) et s'il apparaît cohérent par rapport aux autres éléments de fait.

---

223 TF, 21.3.2003, 4C.389/2002, in: SJ 2003 I 529 consid. 4.2.2 p. 535, et déjà ATF 85 II 22 consid. 1, JdT 1959 I 530.

224 ATF 131 III 511 consid. 3.2.2.

225 ATF 99 II 39 consid. 1, JdT 1974 I 162; ATF 120 II 197 consid. 2b, JdT 1995 I 194; TF, 22.8.2001, 4C.127/2001 consid. 2b.

226 Rudolf Schwager, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, th. Fribourg 1974, p. 318 s.

227 P. ex. ATF 120 II 197/203, JdT 1995 I 194; TF, 4.7.2006, 4C.131/2006 consid. 2.2.

228 ATF 131 III 511/517; ég. sur cette condition, A. Koller, Der gute und der böse Glaube (note 213), n. 275 ss.

229 Zäch, BKomm., n. 131 ad art. 33 CO; Chappuis, CR-CO I, n. 23 ad art. 33 CO; Watter/Schneller, BSK OR I, n. 31 ad art. 33 CO; ATF 99 II 39 consid. 1, JdT 1974 I 162.

Deux hypothèses de communication par le pseudo-représentant sont suffisamment délicates pour appeler des remarques:

(a) Le pseudo-représentant détient (et présente) un titre qu'il ne devait pas présenter au tiers (notamment lorsque ses pouvoirs ont été révoqués). Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine[230], cela ne suffit pas pour empêcher l'effet de l'art. 33 al. 3 CO, lorsque le tiers n'a pas la possibilité de déterminer si le titre pouvait ou non être présenté[231]. En effet, on ne saurait tirer argument de l'art. 36 al. 2 CO, qui impose au pseudo-représenté de réparer le dommage causé au tiers, pour rejeter la protection du tiers. Si le tiers contractant se fonde sur une apparence légitime de pouvoirs, qui peuvent paraître émaner du pseudo-représenté – notamment parce que celui-ci a été négligent –, il faut protéger la bonne foi; l'apparence est alors suffisamment efficace.

(b) Le problème se corse encore lorsque le pseudo-représentant soumet un faux titre de procuration. Si le tiers n'a pas les moyens de déceler la fausseté du titre, malgré un examen approprié, faut-il faire prévaloir l'apparence de représentation et la bonne foi du tiers? A notre avis, il faut distinguer selon que le pseudo-représenté connaissait l'existence de l'usage du faux, et qu'il n'a pas réagi, de l'hypothèse dans laquelle il n'en sait rien. En effet, en cas d'établissement d'un faux titre de pouvoirs, le pseudo-représentant s'approprie une identité ou s'immisce dans les affaires du pseudo-représenté. Si ce dernier avait connaissance de ces actes et qu'il n'a pas réagi, le tiers de bonne foi doit être protégé à notre avis. En revanche, si le pseudo-représenté n'a aucune connaissance (et que celle-ci n'est pas imputable à une inaction fautive), alors la protection du tiers face à l'apparence de pouvoirs doit s'effacer si, par hypothèse, il devait être de bonne foi. En principe toutefois, le tiers contractant ne pourra pas invoquer sa bonne foi, car il aura souvent omis de s'inquiéter de tel ou tel élément de fait. Seule une responsabilité du pseudo-représentant envers le tiers serait alors possible (CO 39 II).

Afin de tester les critères évoqués, on peut prendre *deux exemples* tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral:

1° Un agent d'assurance indélicat. Dans l'arrêt du 24 avril 2007[232], le Tribunal fédéral examine l'application de l'art. 101 CO à la relation fictive qu'un agent d'assurance a créée de toutes pièces, à l'insu de l'assureur, afin de détourner à son profit des fonds qu'il s'est fait remettre par une personne avec laquelle il avait établi un rapport de confiance à l'occasion de précédentes

230 CHAPPUIS, CR-CO I, n. 23 ad art. 33 CO, qui affirme – à tort – que la communication par la voie du représentant agissant comme messager n'est pas valable parce que le représentant ne peut alors plus être considéré comme messager du représenté.

231 Dans ce sens à notre avis, ATF 99 II 39 consid. 1, JdT 1974 I 162.

232 TF, 24.4.2007, 4C.394/2006.

négociations ayant abouti, elles, à la conclusion de véritables contrats d'assurance. En l'espèce, en dépit de la résiliation des rapports de travail, l'agent d'assurance avait négocié un contrat d'assurance en faisant croire à cet ancien client que ce nouveau contrat d'assurance avait bel et bien été conclu. Il s'était toutefois fait verser les primes sur son compte postal personnel et avait indiqué au client qu'il reverserait les montants dans un deuxième temps à l'assurance, ce qu'il n'avait évidemment pas fait. Au moment de la survenance du risque assuré, le client entendait obtenir de l'assurance qu'elle assume le dommage, mais celle-ci l'informa alors qu'il n'y avait pas de contrat d'assurance valable, l'agent n'ayant aucun pouvoir et la police n'ayant jamais été transmise à l'assureur.

Le Tribunal fédéral a alors *refusé d'appliquer l'art. 101 CO* pour rendre responsable l'assurance des actes de son ancien agent, au motif correct que «faute d'un rapport d'obligation préalable dérivant d'un contrat, la défenderesse n'a pas pu confier à son agent d'assurance le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit de ce chef»[233]. Il a dès lors dégagé l'assurance de toute obligation d'assumer le dommage subi par le client.

Toutefois, au lieu de passer par l'art. 101 CO, on aurait aussi pu se demander *si l'art. 33 al. 3 CO pouvait produire l'effet de représentation.* En effet, l'ancien agent d'assurance avait notamment fait parvenir un faux courrier d'acceptation de la police d'assurance et s'était fait passer pour un représentant autorisé de celle-ci. La question était dès lors celle de savoir si l'apparence créée par ce courrier et les dires de l'ancien agent de l'assurance suffisaient à protéger le tiers.

Ius civile vigilantibus scriptum! auraient répondu les Romains[234]: «le droit est écrit pour les personnes vigilantes». On ne saurait ainsi admettre trop facilement la protection de l'apparence. En l'espèce, la banque qui avait effectué le versement pour le client l'avait rendu attentif au fait que le compte CCP n'était pas celui de la compagnie, mais celui de l'agent d'assurance. Bien que cela lui ait paru étrange, le client avait néanmoins ordonné le versement. Toutefois, son devoir de prudence aurait dû lui imposer de se renseigner directement auprès de l'assurance, d'autant plus qu'il n'avait pas dû effectuer de contrôle médical pour conclure cette assurance vie, ce qui était également plutôt inhabituel. Certes, le client avait reçu une fausse acceptation de police d'assurance, avec un numéro spécifique, mais la conjonction

233 TF, 24.4.2007, 4C.394/2006 consid. 4.3.2. Le Tribunal fédéral rejette également au consid. 4.3.4 d'appliquer l'art. 101 CO à la responsabilité précontractuelle (cf. cep. ATF 108 II 419 consid. 5).

234 Cf. le texte d'où est tirée l'expression: Scaev. D. 42,8,24, qui traite des actes faits en fraude des créanciers: «[...] sed vigilavi, meliorem mean condicionem feci, *ius civile vigilantibus scriptum est:* ideoque non revocatur id quod percepi» (mis en évidence par nous); sur ce texte et d'autres, cf. notamment FELIX WUBBE, Ius vigilantibus scriptum, in: P. Pichonnaz (édit.), Felix Wubbe, Ius vigilantibus scriptum, Ausgewählte Schriften/Œuvres choisies, Fribourg 2003, p. 475 ss.

des deux éléments précités devait suffire, à notre avis, à supprimer la protection de l'apparence de représentation. La question n'était ainsi pas celle de savoir si l'assurance pouvait être responsable des actes de l'assuré, mais plutôt si elle était engagée contractuellement par les actes d'un faux représentant. La réponse doit être négative, dans les deux analyses; mais le passage par les règles de la représentation tient mieux compte du fait qu'il s'agit ici d'une question d'apparence à protéger ou non, et non d'une question de volonté de se faire représenter par un auxiliaire. Ici aussi, la volonté est ainsi supplantée par l'apparence efficace, qui devait toutefois être niée en l'espèce.

2° *Un chef de chantier «efficace».* Le deuxième exemple est tiré d'un arrêt du Tribunal fédéral du 3 septembre 2010[235]. Un chef de chantier avait conclu avec un tiers un contrat portant sur l'intervention d'une grue, sans avoir déclaré expressément à son partenaire contractuel agir au nom et pour le compte de la société pour laquelle il travaillait, et sans que cette société ne lui ait conféré des pouvoirs de représentation spécifiques. Le Tribunal fédéral a retenu l'existence d'une *prise de qualité tacite,* considérant que le partenaire contractuel devait *inférer la représentation de l'ensemble des circonstances* (CO 33 II). En effet, le chef de chantier était un employé de la société en question et, n'ayant jamais été à la tête d'une raison individuelle active dans la construction, il n'avait aucun intérêt propre à l'affaire conclue avec le tiers. En l'absence de *procuration interne,* le Tribunal fédéral a alors examiné s'il fallait protéger le tiers contractant en raison d'une apparence qualifiée (CO 33 III). Cette protection fondée sur l'apparence suppose toutefois que le représenté ait communiqué (même implicitement) des pouvoirs au tiers et que celui-ci s'y soit fié de bonne foi. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a admis que ces conditions étaient remplies. En effet, durant les travaux, le chef de chantier donnait les instructions nécessaires aux ouvriers du tiers, dont il était l'interlocuteur privilégié sur le chantier. Or, selon le Tribunal fédéral, l'employeur du chef de chantier ne pouvait raisonnablement ignorer l'activité déployée par celui-ci et, partant, en ne l'empêchant pas de jouer ce rôle de coordinateur des travaux, il a implicitement communiqué des pouvoirs au tiers.

Aussi la passivité de l'employeur a-t-elle impliqué la communication de pouvoirs de représentation (inexistants) au tiers. En outre, la bonne foi du tiers étant présumée, celle-ci a été admise. En fin de compte, c'est bien l'apparence de pouvoirs qui a justifié la protection du tiers de bonne foi, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce. La construction d'une communication implicite d'une volonté, en fait inexistante, n'est ici aussi que le reliquat d'une conception centrée sur de l'acte juridique.

---

235 TF, 03.09.2010, 4A_313/2010; cf. pour notre commentaire, PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du Code des obligations (note 23), p. 183.

Considérer que toutes les conditions posées au fil des décennies par la jurisprudence sont remplies par actes concluants, revient finalement à s'attacher aux apparences, qui deviennent efficaces! Le pseudo-représenté doit aujourd'hui être de plus en plus vigilant et intervenir dès qu'il constate un comportement (de représentation) inapproprié, sous peine de se voir imputer les conséquences de ce comportement.

bb. La relation contractuelle de fait et l'art. 320 al. 3 CO

Dans la dogmatique issue du droit pandectiste, la volonté est l'élément clé de l'acte juridique et partant des rapports contractuels. Ainsi, en théorie, soit il y a volonté de conclure un contrat et le contrat existe, soit il n'y a pas cette volonté et il ne devrait pas y avoir de contrat.

On peut dès lors s'étonner de la création par la jurisprudence et la doctrine de la notion de *relation contractuelle de fait (faktisches Vertragsverhältnis)*, expression qui sous-entend qu'il n'y a pas de volonté de s'engager, mais que les faits (les apparences) justifient un engagement. Pour que l'apparence contractuelle devienne efficiente, il faut, selon la jurisprudence, un contact entre les parties qui soit volontaire et non vicié. L'hypothèse du contrat de travail nul, mais exécuté de bonne foi par le travailleur[236] (CO 320 III), est considérée comme la concrétisation de cette doctrine[237]. La jurisprudence et une partie de la doctrine ont toutefois étendu le principe à d'autres hypothèses, en particulier celle du contrat de bail, lorsque, en l'absence de nouvel accord entre bailleur et locataire, ce dernier demeure néanmoins dans les locaux[238].

On peut se demander si cette figure juridique est vraiment nécessaire. En effet, pour l'hypothèse du *contrat de travail* nul pour défaut d'une condition légale, il y a bel et bien une volonté de s'engager de part et d'autre. Toutefois, l'absence d'«autorisation légale» se heurte à l'art. 320 al. 3 CO qui reconnaît la validité jusqu'à la dénonciation («… jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat»)[239]. En d'autres termes, il

236 Selon l'ATF 132 III 242 consid. 4.2.4, JdT 2006 I 49 (confirmé par l'ATF 132 III 753 consid. 2.4), il ne faut nier la bonne foi de l'employé que si l'on démontre que celui-ci avait non seulement connaissance du défaut de forme à la conclusion du contrat, mais encore qu'il avait une connaissance effective du fait que ce défaut avait pour conséquence la nullité du contrat.

237 Cf. Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 158; Gauch/Schluep/Schmid/ OR AT (note 190), n. 1189; Koller, OR AT (note 217), § 2 n. 129; Schwenzer, OR AT (note 215), n. 28.62

238 ATF 132 III 242, JdT 2006 I 49; ATF 129 III 320 consid. 7.1.3, JdT 2003 I 331; ATF 119 II 437 consid. 3a/bb, JdT 1995 I 25; ATF 110 II 244 consid. 2d, JdT 1985 I 152.2; ATF 108 II 112 consid. 4, JdT 1982 I 531; voir notamment Kramer, BKomm., n. 313 ad art. 19/20 CO; Bucher, BSK OR I, n. 77 ad art. 1 CO; Pierre Tercier, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II 225 ss, en part. p. 268 s.

239 Pour tous les autres, Adrian Staehelin, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Zürcher Kommentar, T. V/2c Der Arbeitvertrag (art. 319–330a OR), 4ème éd., Zurich 2006, n. 31 ad art. 320 CO.

ne s'agit pas ici d'un défaut de volonté de s'engager[240], mais uniquement d'une modulation du régime de l'invalidité (invalidité *ex nunc* qui ne peut être invoquée que par les parties). Le recours à la construction de la relation contractuelle de fait n'est pas nécessaire[241].

On peut dès lors se demander si «l'extrapolation» au contrat de bail ou à d'autres hypothèses de *contrats de durée* a aussi un sens. Dans l'ATF 129 III 320, le Tribunal fédéral met lui-même en doute le recours à la relation contractuelle de fait lorsque la résiliation *ex nunc* permettrait d'atteindre le même résultat. Il évoque cela en lien avec l'erreur sur un contrat de durée partiellement exécuté[242]. Avec une partie de la doctrine, il constate alors qu'il n'y pratiquement aucune différence[243]. A notre avis, il en va de même pour le contrat de bail dans l'hypothèse d'un locataire qui demeure dans les locaux après la fin du contrat. En effet, de deux choses l'une: soit il y a un accord implicite entre les parties sur le fait que le locataire y demeure à titre onéreux et il y a reconduction tacite au sens de l'art. 266 al. 2 CO[244], soit il y a désaccord sur un élément essentiel du contrat (en part. le loyer) et il n'y a alors plus de place pour un rapport contractuel de fait[245].

Il faut donc admettre que la figure de la relation contractuelle de fait, développée déjà à plusieurs reprises à travers l'histoire, n'est en fait pas nécessaire pour soutenir l'apparence de contrat[246]. En tout cas, dans l'état actuel du droit, la volonté suffit à remplir la fonction qui lui est attribuée pour créer une obligation contractuelle.

---

240 Du même avis AUBERT, CR-CO I, n. 8 ad art. 320 CO.

241 D'un avis comparable, déjà KRAMER, BKomm., n. 240 ss ad art. 1 CO; SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 28.62; ég. RUSCH, Rechtsscheinlehre (note 212), p. 369 ss, qui considère que l'élément de confiance ne fait pas partie de la relation contractuelle de fait, ce qui est pourtant le cas à l'art. 320 al. 3 CO; pour lui, la relation contractuelle de fait s'applique typiquement dans des cas où la conclusion d'un contrat n'est pas souhaitable ou peu pratique en raison d'un trop grand nombre de cas concernés ou par manque de volonté d'être engagé; d'un avis différent cep. AUBERT, CR-CO I, n. 12 ad art. 320 CO, qui indique que «[l']existence d'un contrat de travail n'empêche pas de retenir une relation contractuelle de fait pour le travail effectué par un salarié hors du cadre contractuel».

242 ATF 129 III 320/329 consid. 7.1.3, JdT 2003 I 331.

243 ATF 129 III 320/329 consid. 7.1.3: «Im Ergebnis führt die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der Irrtumsanfechtung kaum zu andern Lösungen als die Annahme einer Vertragsbeendigung durch Kündigung»; cf. ég. ERNST KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss: eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Zurich 1998, p. 130; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID OR AT (note 190), n. 944; TERCIER, La corruption et le droit des contrats (note 238), en part. p. 268 s.

244 Cf. notamment PASCAL PICHONNAZ, Quelques remarques sur la *relocatio tacita*, RIDA 2002, p. 147 ss; ég. HIGI, ZKomm., n. 41 ss ad art. 266 CO.

245 Cf. ATF 119 II 437 consid. 3/b/bb.

246 CARLO AUGUSO CANNATA, Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkunft des Gleichen, SDHI 53 (1987), 297, 303 et 123.

cc. L'accord de droit et son correctif: l'erreur de base sur les motifs (CO 24 I/4)

En cas de divergence entre les volontés des cocontractants, il n'y a pas d'accord effectif entre les parties. On assiste alors parfois à une dispute sur l'existence ou non d'un accord *(Konsensstreit)*. Tel est le cas en particulier si le désaccord est latent. En effet, une partie invoquera en sa faveur l'apparence d'accord et l'autre opposera la divergence effective des volontés.

La jurisprudence et le Code des obligations ont trouvé un équilibre entre ces *deux intérêts apparemment contradictoires.* En effet, jurisprudence et doctrine font prévaloir dans un premier temps l'apparence d'accord. Lorsque, selon le principe de la confiance, une partie pouvait de bonne foi se fier à la déclaration de volonté reçue, et non à la volonté réelle, il y a *une force normative de l'apparence.* On admet alors qu'il y a un *accord de droit*[247]. La formule du Tribunal fédéral est la suivante: «Si le juge ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance). Ce faisant, le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion. Selon la jurisprudence, il convient de ne pas attacher une importance décisive au sens des mots, même clairs, utilisés par les parties. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO qu'on ne peut ériger en principe qu'en présence d'un texte clair, on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire et indiscutable à première vue, il peut résulter du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que la lettre ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu.»[248].

Cette apparence efficiente de la déclaration de volonté n'est toutefois pas absolue ou toute-puissante. En effet, le législateur a prévu un correctif, puisqu'il permet à une partie de faire constater la nullité de cet accord de droit s'il peut démontrer une erreur essentielle sur les motifs («erreur de base»). Invoquer l'erreur de base dans le délai d'une année (CO 31 I) permet de tenir en échec la construction dogmatique de l'accord de droit. Partant, il n'y a pas invalidation d'un contrat valable comme aimerait le retenir une partie de la doctrine[249], mais bien *nullité relative,* comme l'affirme (encore) à juste titre le Tribunal fédéral[250].

---

247 Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 590; Gauch/Schluep/Schmid/ OR AT (note 190), n. 317; Winiger, CR-CO I, n. 140 ad art. 18 CO.

248 ATF 136 III 186 consid. 3.2.1; ég. ATF 135 III 295 consid. 5.2; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; ATF 132 V 286 consid. 3.2.1; 131 III 280 consid. 3.1; ATF 129 III 664 consid. 3.1; ATF 127 III 444 consid. 1b.

249 Schmidlin, CR-CO I, n. 31 ad art. 31 CO.

250 Gauch/Schluep/Schmid OR AT (note 190), n. 905; ATF 129 III 320 consid. 7.1.1, JdT 2003 I 331; ATF 84 II 355 consid. 3, JdT 1959 I 198; TF, 06.06.2006, 4C. 26072005 consid. 3.

En présence d'un contrat de durée, nul pour cause de vice de la volonté, le Tribunal fédéral admet la possibilité d'une résiliation *ex nunc,* plutôt qu'une nullité relative. Il retient en quelque sorte que le régime de l'accord de droit n'est que partiellement invalidé, lorsque l'erreur ne porte pas sur l'essence même du rapport d'échange, le *synallagma*[251]. Le Tribunal fédéral tend ainsi à reconnaître une sorte de résiliation du contrat avec effet *ex nunc*[252].

Ainsi, le régime de l'apparence efficace qui justifie la théorie de l'accord de droit est modulé par le régime de l'erreur essentielle sur les motifs. En cette matière également, le droit a évolué tout en préservant les fondements textuels de la partie générale du Code des obligations.

On pourrait encore évoquer d'autres hypothèses de l'apparence efficace comme celle de la *lettre de confirmation* qui diffère par son contenu de l'accord antérieur passé par les parties à un contrat. Le contrat est alors réputé conclu avec la teneur de la lettre de confirmation, dès lors que le partenaire contractuel qui l'a reçue n'a pas réagi à son contenu divergent[253]. Dans cette hypothèse également, l'apparence est efficace et supplante la volonté réelle des parties.

2. *Une pseudo-source d'obligations: la responsabilité fondée sur la confiance*

Les sources des obligations retenues par le Code fédéral des obligations de 1881, puis dans son prolongement, par le Code des obligations de 1911 sont *au nombre de trois:* le contrat (CO 1 ss), la responsabilité pour acte illicite (CO 41 ss) et l'enrichissement illégitime (CO 62 ss). Cette classification tripartite des sources des obligations est liée à la relecture du droit romain faite par les Pandectistes allemands[254]. En effet, les codifications de droit naturel (en particulier le droit français) avaient adopté une classification quadripartite fondée sur celle de l'empereur Justinien[255] et sur Grotius (1583–1645), distinguant entre

---

251 ATF 129 III 320 consid. 7.2.3: «Ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags ex nunc ist jedoch für den Fall anzubringen, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier vermag die Anfechtung insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu bewertet und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert werden»; cf. ég. TF, 20.07.1995, 4C.444/1994 consid. 4a; TERCIER, La corruption et le droit des contrats (note 238), p. 269; HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER/ANDREAS KLETECKA, Bürgerliches Recht, Vol. I, 13e éd., Vienne 2006, p. 115; ég ATF 107 II 419 consid. 3a, JdT 1982 I 380; ATF 123 III 292 consid. 2e/aa, JdT 1998 I 586.

252 HUBERT STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragrecht, Begründung, Abwicklung, Störung, th. habil. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 147.

253 Pour tous les autres, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1159 ss, en part. 1163; ég. RUSCH, Rechtsscheinlehre (note 212), p. 344 ss.

254 BUCHER, BSK OR I, n. 28 ss ad Einleitung vor art. 1 ss CO.

255 Inst. 3,13,2: «*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.* prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut lit-

contrat *(contractus,* art. 1101 ss CCfr.), quasi-contrat *(quasi-contractus;* art. 1371 ss CCfr.), délit *(maleficium,* art. 1382 ss CCfr.) et quasi-délit *(quasi-maleficium;* art. 1382 s. CCfr.). Lors des débats du Code civil français en février 1804[256], Bertrand-de-Greuille constata que le Code civil français allait plus loin que Justinien en établissant «une sage et nécessaire distinction» entre les quasi-contrats et les obligations légales. L'art. 1370 CCfr. prévoit ainsi qu'il y a une obligation légale à chaque fois que «l'autorité de la loi commande». Selon les rédacteurs du Code civil français, «le projet considère l'engagement qui en résulte comme tout légal, parce que, dans ce cas, c'est à la loi qu'on obéit»[257].

Cette idée d'une *obligation trouvant sa source directement dans la loi* a été reprise au XIXe siècle par des pandectistes allemands, tels Windscheid[258] ou von Vangerow[259]. Des auteurs contemporains ont actualisé le concept. L'idée n'est toutefois plus de fonder seulement des obligations accessoires directement sur la loi ou le principe de la bonne foi[260], mais bien de justifier l'ensemble du rapport d'obligations par la loi, même lorsque certaines obligations sont liées au contrat; c'est le concept du *rapport de protection unifié légal (einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis)*, devenu parfois un *rapport d'obligation légal unifié*[261]. Un tel concept est probablement trop absolu pour coïncider avec le régime du droit des obligations tel qu'il découle du Code des obligations. Il existe toutefois des velléités dans diverses directions.

Ainsi, *deux figures juridiques* sont apparues dans la littérature et la jurisprudence des dernières décennies. Il s'agit d'abord de la responsabilité fondée sur la confiance *(die Vertrauenshaftung)* et, ensuite, du *contrat avec effet protecteur pour les tiers,* qui créerait, selon les tenants de cette théorie, une obligation contractuelle de réparer un dommage subi par un tiers non-partie au contrat. Nous traiterons plus loin de ce dernier point[262].

---

teris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.» (La division suivante donne quatre espèces. En effet, [les obligations] sont soit contractuelles, soit quasi-contractuelles, soit délictuelles, soit quasi-délictuelles. Nous allons d'abord examiner celles qui sont contractuelles. Il y en a également de quatre espèces: Elles sont conclues soit par la remise d'une chose, par des paroles, par l'écrit ou par consentement. Nous traiterons de chacune séparément».)

256 PIERRE-ANTOINE FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris 1827 (réimpr. Osnabrück 1968), vol. 13, p. 469 s.

257 *Ibidem;* cf. ég. PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé (note 4), n. 1581 ss.

258 BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9e éd., Francfort-sur-le Main 1906 (réimpr. Aalen 1984), vol. I, § 3, n. 4, p. 10.

259 KARL ADOLF VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, vol. III, 7e éd., Marburg/Leipzig 1869, p. 4 à 6.

260 HANS PETER WALTER, Auf dem Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter?, recht 23 (2005), p. 71 ss.

261 Cf. notamment WOLFGANG WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil 1, recht 15 (1997), p. 85 ss; WALTER, Auf dem Weg zum Schuldverhältnis (note 260), p. 71 ss; ég. KRAMER, BKomm., n. 145 ad Allg. Einl. vor art. 1 CO; SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 5.02, qui propose de rejeter cette conception.

262 Cf. *infra* p. 173 ss.

La figure de la responsabilité fondée sur la confiance (déçue) *(Vertrauenshaftung)* est apparue pour la première fois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le fameux arrêt *Swissair*[263], suivi de près par l'arrêt *Grossen*[264]. Ces deux arrêts ont été à l'origine d'une réflexion importante sur la nature de cette nouvelle figure juridique[265]. Depuis lors toutefois, aucun arrêt du Tribunal fédéral n'admis une telle responsabilité, même si elle est régulièrement évoquée ou invoquée.

a. La nature controversée de cette responsabilité

La responsabilité fondée sur la confiance est-elle une responsabilité d'une nature propre et donc une nouvelle source d'obligations ou n'est-elle finalement qu'une situation particulière d'une responsabilité délictuelle? La question est importante si l'on entend déterminer la nature du régime applicable à cette responsabilité: Peut-on se référer simplement au régime des art. 41 ss CO ou faut-il au contraire résoudre chaque question en fonction de la nature propre de cette responsabilité? Le Tribunal fédéral considère que la source de la responsabilité pour la confiance se trouve «entre le contrat et le délit»[266]. Tout comme la *culpa in contrahendo,* développée comme l'une des concrétisations de la responsabilité fondée sur la confiance, il estime dès lors qu'il s'agit de *déterminer pour*

---

263 ATF 120 II 331 consid. 5a, JdT 1995 I 359.

264 ATF 121 III 350 consid. 6c, SJ 1996 p. 197.

265 Sur la vaste littérature sur cette question, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 982a; HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, RJB 132 (1996), p. 273 ss; IDEM, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, RDS 120 (2001) I 79 ss; ARIANE MORIN, La responsabilité fondée sur la confiance, Etude critique des fondements d'une innovation controversée, th. Genève 2002; CHRISTINE CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, in: Ch. Chappuis/B. Winiger (édit.), Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, Journée de la responsabilité civile 2000, Zurich 2001, p. 21 ss; IDEM, La responsabilité fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung, responsabilità fondata sulla fiducia) d'un tiers à l'égard d'une partie au contrat, in: Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica, Roma, 13–16 settembre 1999, a cura di Letizia Vacca, Turin 2001, p. 215 ss; IDEM, La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance, in: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires, Zurich 2000, p. 67 ss; IDEM, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, p. 165 ss; KUONEN, la responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1083 ss; PETER LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, th. habil., Berne 2006, p. 115 ss, *passim;* SYLVAIN MARCHAND, Responsabilité fondée sur la confiance, vie et mort d'un ornithorynque juridique, in: Ch. Chappuis/B. Winiger (édit.), Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon, Journée de la responsabilité civile 2000, Zurich 2001, p. 163 ss; FRANZ WERRO, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertauenshaftung?, recht 21 (2003), p. 12 ss.

266 ATF 134 III 390 consid. 4.3.2: «Die Haftung aus erwecktem Vertrauen ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Sie erfasst als Oberbegriff die Haftung aus culpa in contrahendo und die weiteren interessenmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen, wie etwa die Haftung für falsche Auskunft».

chaque question concrète les règles applicables, la nature de cette responsabilité n'étant pas déterminante[267].

b. Les conditions de cette responsabilité

Les raisons de cette nature «entre contrat et délit» tiennent aux conditions de cette responsabilité, qui se veut restrictive pour ne pas faire perdre tout sens au contrat[268]. Selon la jurisprudence[269] et une partie de la doctrine[270], cette responsabilité repose sur *les trois conditions suivantes*[271]:

1° Un rapport spécial de confiance. Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine, il s'agirait d'un rapport juridique spécial *(rechtliche Sonderverbindung)*[272]. En fait, comme le relèvent justement certains auteurs[273], ce rapport est un *rapport de fait,* puisqu'il n'y a précisément pas de rapport juridique

---

267 ATF 134 III 390 consid. 4.3.2: «Da es sich bei der Vertrauenshaftung um eine eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt handelt, ist die Frage nach der Rechtsnatur dieser – gesetzlich nicht geregelten – Rechtsfigur im Hinblick auf die massgebende Verjährungsfrist nicht zielführend.» ég. p. 397: «Wie die Befürworter der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 60 OR zutreffend vorbringen, *handelt es sich bei der culpa in contrahendo um einen Haftungstatbestand eigener Art,* der richtigerweise auch eigenen Gesetzmässigkeiten zu unterwerfen ist, wozu eine den besonderen Verhältnissen angemessene Regelung der Verjährungsfrage gehört» (mis en évidence par nous).

268 ATF 134 III 390 consid. 4.3.3: «Das Bundesgericht hat jeweils betont, dass die Vertrauenshaftung keinesfalls zu einer Haftung gegenüber jedermann ausufern und die Anerkennung dieser Haftungsgrundlage nicht dazu führen darf, dass das Rechtsinstitut des Vertrags ausgehöhlt wird. [...] Das Bundesgericht knüpft die Haftung aus erwecktem Vertrauen daher an strenge Voraussetzungen»; cf. ég. ATF 133 III 449 consid. 4.1, JdT 2008 I 325; ATF 130 III 345 consid. 3.2, JdT 2004 I 207 («responsabilité d'un expert immobilier»); ATF 124 III 297 consid. 6a, JdT 1999 I 268 («Musikvertrieb»); TF, SJ 1999 I 113; ATF 121 III 350 consid. 6c, JdT 1996 I 187* («Grossen»); ATF 120 II 331 consid. 5a, JdT 1995 I 359 («Swissair»).

269 ATF 121 III 350 consid. 6c, JdT 1996 I 187* («Grossen»); ATF 120 II 331 consid. 5a, JdT 1995 I 359 («Swissair»).

270 Max Keller/Sonja Gabi-Bolliger, Haftpflichtrecht, Das Schweizerische Schuldrecht, Tome II, 2e éd., Bâle 1988, p. 40 s.; Hans Peter Walter, Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information: 10 ans après, in: Ch. Chappuis/B. Winiger (edit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel: journée de la responsabilité civile 2008, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 153 ss, p. 155; Pierre Wessner, La responsabilité fondée sur la confiance: une fausse bonne idée, in: F. Bohnet (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, p. 39 ss, p. 55 ss; Peter Loser, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Berne 2006.

271 Cf. notamment Kuonen, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1176 ss; Loser, Die Vertrauenshaftung (note 265), p. 115 ss; Bernhard Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Berne 2000; Eugen Bucher Vertrauenshaftung, Was? Woher? Wohin?, in: P. Forstmoser et al. (édit.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Mélanges Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 231 ss; Rainer Schumacher, Vertrauen in und durch Verträge, in: P. Tercier/M. Amstutz/A. Koller/J. Schmid/H. Stöckli (édit.), Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich 2004, p. 637 ss.

272 Gauch/Schluep/Schmid OR AT (note 190), n. 982 s.; Kuonen, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1187.

273 Kuonen, La responsabilité précontratuelle (note 188), n. 1186; Christine Chappuis, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in: A. Dufour/I. Rens/R. Meyer-Pritzl/B. Winiger

préexistant. Toutefois, la situation de fait justifie «un rapport spécial de confiance et de fidélité»[274] qui impose des devoirs de comportement *(Verhaltenspflichten)*, de bonne foi *(Loyalitätspflichten)* et de protection *(Schutzpflichten)*. La confiance de la personne finalement lésée a été éveillée par une apparence spécifique, qui n'est pas purement fortuite, mais découle de certaines circonstances déterminées. C'est finalement la protection de la bonne foi liée à cette apparence efficace qui justifie la responsabilité de celui qui a créé cette confiance.

2° *La création d'une situation de confiance légitime.* Le comportement de l'une des parties a fondé des attentes concrètes pour l'autre partie[275]. Ainsi, les apparences doivent être pour ainsi dire «performatives», leur existence constitue un acte en soi. Sans avoir l'intensité d'un acte concluant créant une relation contractuelle, *l'apparence produit la confiance légitime;* il s'agit donc bien d'une apparence performative.

3° *La déception de l'attente légitime.* L'attente légitime du tiers de bonne foi est déçue, mais il ne pouvait, selon les règles de la bonne foi, s'apercevoir de cette violation. Ainsi, l'auteur de l'apparence performative peut se soustraire à sa responsabilité s'il démontre que le tiers savait ou ne pouvait pas ignorer selon les règles de la bonne foi que l'apparence n'était pas conforme à la réalité. On voit ici un critère similaire à celui que l'on a présenté en lien avec la représentation[276].

Comme le montre la difficulté de distinguer clairement les diverses conditions de la responsabilité fondée sur la confiance, celles-ci ne sont pas totalement convaincantes. Leur but est en fait de chercher à concrétiser un tant soit peu les situations dans lesquelles *l'apparence est performative.* En d'autres termes, les situations dans lesquelles l'apparence crée une attente justifiée de la part de tiers déterminés comme si l'auteur de l'apparence avait agi et qu'il avait *promis le maintien de l'apparence.* Le fait qu'à un moment donné les apparences s'estompent nous amène à nous demander si cette apparence performative *(«cette promesse par l'apparence»)* lie son auteur. A tout le moins, dans notre système fondé sur un contrat résultat de l'accord des manifestations de volonté[277], une promesse due à une apparence performative ne saurait justifier la conclusion du contrat; c'est là tout l'embarras de la doctrine.

Ce n'est pas non plus la loi qui justifie la responsabilité, mais bien le comportement de l'auteur de l'apparence. Or, reconnaître à une apparence un

---

(édit.), Pacte, convention, contrat, Mélanges Bruno Schmidlin, Bâle et al. 1998, p. 227 ss, en part. 236.

274 ATF 121 III 350 consid. 6c, JdT 1996 I 187*; cf. ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID OR AT (note 190), n. 982 s.; KUONEN, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1187.

275 ATF 120 II 331 consid. 5a, JdT 1995 I 359.

276 Cf. *supra* p. 152 ss.

277 Cf. *supra* p. 148 ss.

effet juridique ne se justifie que si l'auteur de l'apparence *devait se rendre compte du risque* de décevoir certains tiers identifiables *et* qu'il devait entreprendre tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, mais qu'il n'a rien fait. Il y a bel et bien ici une violation d'un devoir d'agir, qui entraîne la responsabilité délictuelle[278]. La violation de ce devoir spécial de diligence justifie d'appliquer l'art. 41 CO[279]. Ce n'est toutefois pas la loi qui fonde ce devoir, mais *l'apparence efficace* ou plus précisément une *apparence performative;* l'apparence produit l'effet de l'apparence, à savoir l'engagement de garantir les conséquences d'une déception des attentes qu'elle a suscitées.

L'apparence performative n'a donc pas un caractère contractuel, car elle ne tend pas à l'exécution d'une prestation, à savoir à la production d'un résultat à l'avantage du tiers[280], mais plutôt à garantir un statu quo, à protéger le patrimoine du tiers concerné par l'apparence efficace[281]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Tribunal fédéral considère que la responsabilité fondée sur la confiance déçue est exclue dans les cas où la partie prétendument lésée aurait pu se prémunir en concluant un contrat[282].

Ainsi, l'apparence performative, concrétisée par la responsabilité fondée sur la confiance déçue, n'est pas de nature contractuelle. La validité de la promesse est fondée sur la bonne foi qui donne une valeur à l'apparence, la rendant efficace. Partant, la violation par l'auteur de l'apparence performative (devoir de bonne foi concrétisé) justifie de rendre celui-ci responsable aux conditions de l'art. 41 CO. Sans tirer toutes les conséquences sur la nature de la responsabilité, le Tribunal fédéral ne s'y est pas trompé en fixant un délai de prescription d'une année conforme à l'art. 60 CO[283]. Comme la promesse, concrétisation de la bonne foi, n'est exprimée que par une apparence (performative), il importe que le créancier agisse rapidement non seulement pour des raisons de preuve, mais aussi pour justifier de sa confiance dans le statu quo de son patrimoine.

---

278 Dans ce sens, KUONEN, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1312 ss, n. 1339 ss; WERRO, CR-CO I, n. 64 ss ad art. 41 CO.

279 Dans ce sens, KUONEN, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1339 ss, n. 1342; WERRO, CR-CO I, n. 77 ss ad art. 41 CO, qui retient que les obligations de moyens devraient être sanctionnées par l'art. 41 CO; la distinction entre «obligations de moyens» et «devoirs» est d'ailleurs délicate, cf. KUONEN, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1323 s., celui-ci suggère que les obligations de moyen ont un but de prestation *(status ad quem)* et les devoirs un but de maintien du statu quo *(status quo)*.

280 PASCAL PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance: étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), th. Fribourg 1997, n. 1328.

281 Dans ce sens et convaincant, KUONEN, La responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1331.

282 TF, 31.01.2011, 4A_100/2010 consid. 2.3; ATF 133 III 449 consid. 4.1, JdT 2008 I 325.

283 ATF 134 III 390, SJ 2008 I 361.

3. *L'apparence l'emporte sur les organes formels*

Le rôle de l'apparence efficace ou performative existe aussi en droit des sociétés[284]. C'est le domaine spécifique des «organes de fait», mais également celui de la théorie du *Durchgriff*.

La loi ne contenait pas le concept d'organe de fait, mais la notion s'est développée depuis les années 1980[285].

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé les conditions et les contours de la notion d'*administrateur de fait* d'une société[286]. Il s'agissait d'un cas dans lequel une banque avait accompli des actes de paiement divers pour pallier les défaillances d'un entrepreneur général[287]. Le maître d'ouvrage, qui avait payé des sommes importantes à l'entreprise générale pour les sous-traitants, entendait se retourner contre la banque; il considérait (de façon erronée) que si le bilan avait été déposé plus tôt, le dommage aurait pu être évité.

Indépendamment de la question de savoir si la banque aurait bel et bien pu déposer le bilan, le Tribunal fédéral retient que pour qu'une personne soit reconnue comme organe de fait, il faut que *trois conditions* soient remplies: (1) la personne ou l'entité considérée a eu la *compétence durable* de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, (2) son pouvoir de décision *apparaissait propre et indépendant* et (3) elle a été en situation *d'empêcher la survenance du dommage*[288]. Le rôle de la banque n'a toutefois pas été suffisant en l'espèce pour qu'elle soit considérée comme un organe de fait de l'entreprise générale.

A nouveau, il s'agissait ici de déterminer si les actes de la banque pouvaient *créer l'apparence qu'elle était un véritable organe* de la société. Cette apparence aurait alors supplanté les principes formels de détermination des organes d'une société. La situation n'est pas simple à reconnaître. En effet, l'apparence efficace dépendra du type de mesures entreprises par la banque. Reprenant l'avis de la doctrine[289], le Tribunal fédéral retient à juste titre que tant que la banque «ne fait que défendre ses intérêts», elle ne doit pas être considérée comme un organe de fait[290]. Ainsi, «suivre de près l'évolution d'un débiteur, exiger des comptes provisoires, une cession de créances, des mesures d'assainissement, des versements et procéder à une mise en demeure ne sont que des mesures par lesquelles un créancier tend à se protéger lui-même; on ne peut y

---

284 Cf. ég. Rusch, Rechtsscheinlehre (note 212), p. 126 ss, qui développe plusieurs situations comparables.

285 Voir déjà ATF 107 II 349, JdT 1982 I 173.

286 ATF 136 III 14, JdT 2010 I 303.

287 Pour un commentaire, cf. Pascal Pichonnaz, Les limites à la désignation d'un compte «sous-traitants» auprès de l'entrepreneur général, BR/DC 2010, p. 180.

288 ATF 136 III 14 consid. 2.4, JdT 2010 I 303; et renvois à ATF 132 III 523 consid. 4.5, SJ 2006 I 477; ATF 128 III 29, JdT 2003 I 18; ATF 128 III 92, JdT 2003 I 23.

289 Notamment Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 37 n. 7.

290 ATF 136 III 14 consid. 2.4, JdT 2010 I 303.

voir une immixtion dans la gestion de la société impliquant un statut d'organe de fait». Ainsi, c'est du fait qu'une personne donne l'apparence qu'elle est un organe, en se comportant comme tel parce qu'elle s'immisce dans la gestion de la société, qu'elle est considérée comme un organe. *L'apparence triomphe alors sur la forme!*

On pourrait aussi évoquer la situation du *Durchgriff*[291]. Dans cette hypothèse toutefois, l'aspect formel de la société cède le pas pour permettre d'atteindre directement et personnellement celui qui se «cache abusivement» derrière la société. Ainsi, même si l'aspect formel de la société est écarté, ce n'est pas en raison de l'apparence, mais justement parce que quelqu'un a cherché à tromper en créant des *apparences erronées.* C'est donc plutôt la bonne foi en affaires (CC 2 I) que la prééminence d'une apparence performative qui l'emporte. Nous n'aborderons donc pas plus avant l'analyse de cette doctrine.

II. Le contrat au-delà du contrat: la bonne foi en affaires

Produits de l'échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes (CO 1 I), les effets du contrat ne sont pas délimités par les volontés exprimées. En effet, une fois mis en marche par la volonté réciproque des parties, l'effet contractuel va souvent au-delà du contrat, notamment grâce au principe de la bonne foi en affaires. Même si la structure du Code des obligations paraît limiter l'impact de l'effet contractuel à ce qui est envisagé par les parties, bien souvent doctrine et jurisprudence ont fait éclater cette limite.

Ce phénomène s'est concrétisé de diverses manières: il y eut d'abord la reconnaissance d'un *rapport de liquidation (contractuel)* (1.), qui permettait de maintenir le contrat résolu en vie artificielle jusqu'à sa liquidation; il y eut ensuite la reconnaissance des devoirs postcontractuels (2.). En revanche, pour l'instant, le Tribunal fédéral n'a pas souhaité reconnaître la figure du contrat avec effet protecteur pour les tiers (3.), malgré la pression d'une partie de la doctrine. Le contrat existe dès lors au-delà du contrat d'un point de vue temporel, mais son effet protecteur demeure pour l'instant limité aux parties contractantes.

---

291 *Transparence, Lifting / Piercing of the corporate veil.* Sur cette notion, en général M. Amstutz/F. Chappuis, BSK-OR II, n. 6 ad art. 794; C. Lombardini, CR-CO II, n. 32 ss ad art. 620 CO; Roland Ruedin, Droit des sociétés, 2e éd., Berne 2006, n. 710 ss; Andreas von Planta, La théorie de la transparence, in: Ch. Chappuis/ H. Peter/A. von Planta (édit.), Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zurich 2000, p. 19 ss; ég. notamment ATF 121 III 319/321, JdT 1996 I 92; ATF 112 II 503/506 consid. 3b, JdT 1987 I 167/168 s.; ATF 102 III 165/170, JdT 1978 II 56.

1. *Le rapport de liquidation (Liquidationsverhältnis)*

Dans une conception fondée sur la volonté, un contrat ne peut être dissous que par la volonté commune des parties *(contrarius actus)* ou par une manifestation unilatérale de volonté, lorsque le contrat ou la loi donne un tel pouvoir à l'une des parties, à savoir lorsque celle-ci dispose d'un droit formateur résolutoire. Comme l'indique l'art. 109 al. 1 CO, lorsque le contrat est dissous, les parties ne doivent ni ne peuvent plus exécuter leurs obligations. Elles ont toutefois le droit de réclamer la *restitution des prestations* qui auraient déjà été faites. Le fondement de cette restitution a subi une évolution significative dans les vingt dernières années.

En effet, dans la théorie traditionnelle, le contrat était éteint par la dissolution; la restitution des prestations se faisait dès lors sur la base des règles de l'enrichissement illégitime (CO 62 ss) et de la revendication[292]. Toutefois, depuis l'ATF 114 II 152[293], le Tribunal fédéral considère que la résolution du contrat n'a pas pour effet de priver les prestations faites de leur cause; bien plus, la volonté de dissoudre le contrat implique celle de créer *un rapport de liquidation (Liquidationsverhältnis)* qui tend à ce que chaque partie soit contractuellement contrainte de faire à l'autre les prestations nécessaires pour rétablir la situation antérieure au contrat[294].

Le régime mis en place par la jurisprudence fait *survivre le contrat au-delà du contrat.* On applique dès lors les règles ordinaires sur l'exécution des obligations à ce rapport de liquidation[295].

Influencé par la doctrine allemande[296] et peut-être par référence au contrat de société qui distingue dissolution et liquidation (cf. CO 545 et 546), le concept de rapport de liquidation s'appliquait d'abord à la résolution pour cause de demeure[297]. L'idée fut également soutenue pour les contrats de durée[298], compte

---

292 VON TUHR/PETER (note 183), p. 492 s.; OSER/SCHÖNENBERGER, ZKomm., n. 4 ad art. 109 CO; notamment ATF 57 II 315 consid. 2.

293 JdT 1988 I 523.

294 ATF 133 III 356, JdT 2008 I 91; ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523.

295 Sur le régime, cf. de manière approfondie STEPHAN HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, th. habil. Lucerne, Zurich 2005, en part. p. 16 ss; STÖCKLI, Das Synallagma (note 252), n. 139 s., 265, 557 (pour divers cas d'application); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1570 ss.

296 ROLF H. WEBER, Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen – Rechtsnatur und Rechtsfolgen, RJB 1991, p. 633 ss.

297 ATF 133 III 356, JdT 2008 I 91; ATF 130 III 504 consid. 6.4; ATF 129 III 264 consid. 4.1; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 523; cf. ég. BUCHER, OR AT (note 196), p. 378; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1570 ss; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, th., Fribourg 1988, n. 702 ss; WEBER, BKomm., n. 46 ad art. 109 CO.

298 MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN-VENTURI, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, th. Fribourg, Zurich 2007, notamment n. 1305 ss; MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN-VENTURI, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, SJ 2008 II 1 ss, en part. p. 27; CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Le sort des prestations à la fin des contrats de durée, in: P. Pichonnaz/F. Werro (édit.), La pratique contractuelle 2010, Fribourg 2011 (à paraître).

tenu du fait qu'il n'était pas possible de supprimer les prestations déjà partiellement exécutées. D'une résolution *ex tunc,* on passa donc à un rapport de liquidation dont le but était tantôt de replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur sans la conclusion du contrat, tantôt d'«égaliser» les relations, compte tenu de l'exécution partielle des prestations[299].

Dans un système fondé sur la volonté, le rapport de liquidation *légal* peut avoir un sens dans la *dissolution* directement ou indirectement *fondée sur cette volonté* (résolution en cas de demeure qualifiée, avènement d'une condition résolutoire, résolution pour cause de défaut). Les effets de la liquidation varieront ensuite entre les contrats de durée partiellement exécutés et les autres contrats, selon que l'on entend et que l'on peut revenir au *status quo ante* ou qu'on liquide le rapport uniquement pour l'avenir *(pro futuro, ex nunc).*

En revanche, la transformation en un rapport de liquidation qui se fonde sur la volonté originelle des parties contractantes ne peut se justifier lorsque la résolution provient d'une cause *sans rapport avec la volonté* (impossibilité subséquente, CO 119) ou en lien avec une *volonté viciée* (nullité relative pour cause d'erreur ou de dol, CO 31). Il est alors tout à fait artificiel de rattacher la restitution des prestations à un rapport de liquidation[300], au risque de supprimer tout rôle au régime de l'enrichissement illégitime en cas de *Leistungskondiktion.* La jurisprudence semble toutefois l'avoir admis une fois pour l'erreur dans un contrat de durée[301], mais l'a ensuite rejeté[302].

Certes, le contrat a l'apparence de validité pour un temps; cette apparence pourrait jouer un rôle par rapport à des tiers de bonne foi (protection de la confiance du tiers), mais on ne saurait aller si loin et retenir une apparence efficace entre les deux parties au contrat, sans porter un coup définitif à la notion même de contrat fondée sur la volonté des parties.

2. *Les devoirs postcontractuels*

En vertu de l'art. 114 CO, l'exécution d'une obligation entraîne son extinction avec tous les droits accessoires (CO 114 I). Si les prestations principales sont

---

299 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1570 s.

300 Du même avis, GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht (note 217), § 32 N. 34; KOLLER, OR AT (note 217), § 54 n. 21; WOLFGANG WIEGAND, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Gauchs Welt (note 271), p. 709 ss, p. 721; en faveur du recours au rapport de liquidation, pour *l'impossibilité subséquente (CO 119),* cf. PETER GAUCH, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), recht 1989, p. 122 ss, p. 127; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. II, 9e éd., Zurich 2008, n. 2543 ss; ALOIS RIMLE, Der erfüllte Schuldvertrag, th., Fribourg 1995, n. 58; SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 64.16; pour *l'erreur, le dol et la crainte fondée (CO 31):* SCHMIDLIN, BKomm., n. 97 ss ad art. 31 CO; WOLFGANG WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 7 (1989), p. 101 ss, en part. p. 110 s.

301 ATF 129 III 320 consid. 7.1.2 (arrêt du 21.2.2003), JdT 2003 I 331.

302 ATF 129 III 264 consid. 4.1 (arrêt du 28.3.2003).

exécutées ou éteintes pour une autre cause, on pourrait dès lors considérer que le rapport d'obligations (le contrat) s'éteint également *par effet réflexe*[303].

Néanmoins, des devoirs ou des obligations contractuels peuvent *subsister*, en dépit de l'exécution des obligations principales, voire en dépit de la résiliation du contrat, au titre de devoirs postcontractuels *(nachvertragliche Pflichten)*.

Tel est le cas lorsque des *obligations accessoires indépendantes* conservent une portée propre. Leur survivance devrait en principe empêcher l'extinction du contrat; c'est le cas notamment en matière d'impossibilité subséquente[304]. Se fondant sur l'idée d'un rapport d'obligation unique légal *(einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis)*, certains auteurs admettent toutefois que le contrat peut disparaître tout en laissant subsister des devoirs postcontractuels, de nature contractuelle (!). Ces devoirs ne peuvent pas nécessairement faire l'objet d'une exécution réelle, mais ouvrent la voie à l'octroi de dommages-intérêts contractuels[305].

Cette conception pose à nouveau la question du *rôle de la source de l'obligation* ou des devoirs. Une obligation est-elle contractuelle parce qu'elle est fondée sur un contrat, même dissous? Ou sa nature peut-elle être modifiée par l'effet de la dissolution du contrat? Si l'on suit la tendance actuelle d'un rapport de liquidation créé à la dissolution d'un contrat[306], on peut se demander si la même construction doit aussi prévaloir en cas d'exécution des obligations principales d'un contrat, lorsqu'il existe encore des devoirs indépendants qui découlent du contrat conclu, voire qui proviennent de son exécution même. En d'autres termes, faut-il considérer le contrat dans une perspective structuraliste (la volonté comme seule justification de son existence) ou plutôt dans une conception fonctionnaliste, en retenant des obligations contractuelles à chaque fois que les devoirs sont concrétisés par la nature de la relation entre les parties.

Nous l'avons constaté, l'apparence a parfois supplanté la volonté comme justification de l'obligation contractuelle. Le droit des obligations ne se meut donc plus uniquement dans une perspective structuraliste (la volonté comme seule justification du contrat). L'avantage de la conception fonctionnaliste est de s'appuyer sur le but de la relation entre les parties. L'approche est alors plus unitaire: Il y a obligation contractuelle à chaque fois qu'un devoir existe *en lien avec un contrat,* peu importe sa source. Bien que séduisante par sa simplicité apparente, cette conception se heurte d'une part à la structure actuelle du Code des obligations, organisé et structuré autour des sources des obligations (le contrat, l'acte illicite, l'enrichissement illégitime et certainement aussi la gestion d'affaires imparfaite). D'autre part, elle pose le problème de déterminer

303 Markus Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, th. habil., Bâle 1999, p. 300 s.; Pichonnaz, Impossibilité et exorbitance (note 280), n. 1116 et les réf.

304 Pichonnaz, Impossibilité et exorbitance (note 280), n. 1118.

305 Wiegand, Von der Obligation zum Schuldverhältnis (note 261), p. 85 ss, en part. p. 94 s.; Walter, Auf dem Weg zum Schuldverhältnis (note 260).

306 Cf. *supra* n. 170 s.

comment fixer la limite entre ce qui est encore un contrat et ce qui ne l'est plus. Si la volonté n'est plus l'élément permettant de distinguer le contrat et l'obligation contractuelle du reste, tout risque de devenir contractuel, sans que l'on puisse *justifier le régime différent et spécifique* des obligations contractuelles. Nous avons vu ce phénomène avec une volonté «construite» sur la base d'une apparence performative dans la représentation sans pouvoirs (CO 33 III)[307].

A notre avis, la volonté doit continuer à jouer le rôle d'élément discriminant, mais cette volonté peut parfois être étendue à ce que l'on pouvait raisonnablement envisager en acceptant un contrat. La volonté n'est pas uniquement un élément de fait, mais est devenue *un élément normatif, alimenté par la notion de prévisibilité et de raisonnable.* De la sorte, le droit des obligations reste structuré autour des sources des obligations, mais la nature contractuelle des obligations peut être élargie à des devoirs dont l'origine est dans la loi, s'il existe une justification suffisante pour appliquer le régime spécifique des obligations contractuelles. L'enjeu est ainsi de justifier le régime spécial dans les cas où on l'applique à une situation dans laquelle la volonté est plus normative que réelle.

Certains auteurs entendent au contraire réduire les obligations contractuelles uniquement à ce qui est le résultat d'une *volonté effective;* ainsi, un devoir imposé par la loi, même dans le contexte contractuel, ne pourrait pas être de nature contractuelle et ne justifierait que des dommages-intérêts délictuels en cas de violation[308]. Cette approche restrictive pose toutefois le problème de la justification d'obligations contractuelles fondées sur l'apparence, comme dans la représentation sans pouvoirs (CO 33 III et CO 34 III)[309], ou encore d'obligations contractuelles fondées sur une volonté hypothétique (CO 20 II, CO 21). Une telle conception nous paraît trop restrictive et surtout impose de construire une volonté réelle pour justifier une solution contractuelle, là où il suffirait à notre avis d'admettre que la solution recherchée impose d'admettre l'extension de la nature contractuelle. A notre avis, le droit des obligations devra résoudre dans ces prochaines années ces tensions entre apparence et volonté, pour saisir véritablement l'impact de la première sur la seconde[310]. La question de la gestion d'affaires imparfaite est d'ailleurs la pointe de l'iceberg de cette difficulté.

3. *Le contrat avec effet protecteur pour les tiers*

Ces réflexions relatives à l'existence de devoirs postcontractuels de nature contractuelle posent la question de la portée temporelle du contrat. Les obligations contractuelles existent-elles au-delà du contrat?

---

307 Cf. *supra* p. 152 ss.

308 En particulier, cf. FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 1497 ss, en part. 1502 ss; KUONEN, la responsabilité précontractuelle (note 188), n. 1326 ss.

309 Cf. *supra* p. 152 ss.

310 Une partie du travail a été réalisé par RUSCH, Rechtsscheinlehre (note 212).

La question de savoir si le contrat peut protéger des tiers qui ne sont pas parties au contrat, en leur donnant un droit d'action direct contre une partie contractante, pose tout le problème de *la portée matérielle du contrat.* La réponse est positive en lien avec *la stipulation pour autrui parfaite;* en effet, le Code des obligations a tranché le débat médiéval, sous l'impulsion de la controverse pandectiste[311], en reconnaissant largement la force de la stipulation pour autrui (CO 112 s. et déjà art. 128 aCO [1881])[312]. Il s'agissait là d'une rupture importante par rapport au principe séculaire de la relativité des conventions[313].

Sous l'inspiration du droit allemand[314], une partie de la doctrine suisse[315] est aujourd'hui séduite par l'idée d'*étendre encore les effets protecteurs du contrat* au-delà du concept de stipulation pour autrui expresse ou tacite[316]. L'idée d'une stipulation pour autrui implicite[317] permet déjà de protéger des tiers, lorsque le comportement des parties indique que telle est leur volonté. La question se pose toutefois de savoir si la portée de la protection contractuelle peut aller encore plus loin en conférant un effet protecteur du contrat pour des tiers, indépendamment de la volonté des parties à cet égard. C'est tout l'enjeu de la théorie de *l'effet protecteur du contrat à l'égard des tiers (Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter).*

Selon la conception allemande, le contrat avec effet protecteur pour les tiers confère une prétention secondaire en dommages-intérêts à un tiers non partie au contrat, mais qui se trouve dans une relation proche avec le créancier d'une obligation contractuelle[318]. Contrairement à la stipulation pour autrui parfaite dont il faut la distinguer nettement[319], cette conception ne confère aucun droit d'action au tiers tendant à l'exécution d'une obligation primaire; seule la réparation du dommage que subit le tiers est concernée[320].

---

311 WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts (note 258), vol. 2, § 316 p. 295 ss.

312 Pour un historique, cf. notamment PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, th. Fribourg 2000, n. 108 ss, p. 29 ss; ég. BUCHER, OR AT (note 196), p. 17 s.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZKomm., n. 46 ad Vorbem. vor art. 1 CO.

313 Pour une analyse historique et comparative, cf. surtout ELTJO SCHRAGE (édit.), Ius Quaesitum Tertio, Berlin 2009.

314 OTTO PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 70e éd., Munich 2011, n. 13 ss ad § 328 BGB; ég. GOTTWALD in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5e éd., Munich 2006, vol. 2, n. 106 ss ad § 328; ég. BGH, 10.11.1994, 3e Zivilsenat, ZR 50/94, NJW 1995, p. 392.; ég. DIETER MEDICUS, Anmerkung, NJW 1995, p. 308 s.

315 GAUCH/SCHLUEP /EMMENEGGER, OR AT (note 300), n. 3915 ss.

316 Pour la stipulation pour autrui tacite, cf. GONZENBACH, BSK OR I, n. 5 ad art. 112 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 243; KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter (note 312) n. 441; WEBER, BKomm., n. 35 ad art. 112 CO.

317 ATF 117 II 315 consid. 5c/bb (admise sur le principe, mais niée en l'espèce); ATF 121 III 310, JdT 1996 I 359.

318 SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 87.02.

319 GONZENBACH, BSK OR I, n. 522 ad art. 112 CO; TEVINI DU PASQUIER, CR-CO I, n. 9 ad art. 112 CO; KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter (note 312), n. 98 ss, p. 25–26.

320 PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (note 314), n. 13 ad § 328 BGB.

En d'autres termes, cette théorie a pour but de pallier certains manques du droit de la responsabilité civile. Le premier cas d'application a été celui de l'explosion d'une citerne à gaz dans un appartement ayant blessé un employé du locataire[321]; la preuve libératoire de la responsabilité de l'employeur pouvait faire obstacle à une réparation fondée sur la responsabilité civile. L'interprétation actuelle de *l'art. 55 CO* exclut pratiquement une telle hypothèse, compte tenu de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral en la matière[322]. De même, des affaires allemandes liées à des enfants qui ont subi une atteinte à leur santé du fait de produits défectueux[323] est couverte par notre régime de *l'illicéité de résultat (Erfolgsunrecht)*. La jurisprudence allemande est relativement riche sur cette question[324], mais à notre sens, notre conception de l'illicéité rend pour l'heure inutile le recours à cette figure.

La théorie de l'effet protecteur du contrat à l'égard de tiers peut présenter un intérêt *a priori* uniquement en présence d'un dommage purement patrimonial, puisqu'il s'agit alors de fonder *la relation d'illicéité,* ce qui n'est pas toujours simple. Dès lors, il pourrait paraître séduisant d'invoquer un contrat pour permettre la réparation du dommage subi par un tiers, sans devoir démontrer une quelconque relation d'illicéité *(Verhaltensunrecht)*.

En tant que tiers, on ne peut pas prétendre à être protégé par n'importe quel contrat. A l'aune de la théorie allemande, il faudrait en effet que *trois conditions* soient remplies[325]: *(1)* Le tiers se trouve dans une relation de proximité avec le créancier au contrat, c'est-à-dire qu'il se trouve dans le champ d'impact du risque contractuel[326]; *(2)* le créancier au contrat doit être responsable de la protection du tiers[327]; *(3)* le débiteur doit pouvoir reconnaître ces deux éléments[328] au moment de la conclusion du contrat et le fait qu'il existe un tel risque lors de l'exécution du contrat[329].

---

321 PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (note 314), n. 28 ad § 328 BGB; BGH 61, p. 233.

322 FRANZ WERRO, La responsabilité civile (note 290), n. 469; WERRO, CR-CO I, n. 18 ad art. 55 CO; TF, 16.12.2008, 4A_48/2009; surtout ATF 110 II 456 consid. 2, JdT 1985 I 378.

323 PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (note 314), n. 26 ad § 328 BGB.

324 Cf. pour des détails, notamment PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (note 314), n. 21 ss ad § 328 BGB.

325 TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 consid. 3.2.1; TF, 18.1.2000, 4C.194/1999 consid. 4; SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 87.04.

326 WEBER, BKomm., n. 87 ad art. 112 CO; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT (note 300), n. 3913.

327 WEBER, BKomm., n. 87 ad art. 112 CO; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT (note 300), n. 3913.

328 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT (note 300), n. 3913; SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 87.04; WEBER, BKomm., n. 87, 290 ss. ad art. 112 CO; SAMUEL SIEGRIST, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, th. Berne 1997.

329 WEBER, BKomm., n. 87 ad art. 112 CO; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT (note 300), n. 3913.

Le Tribunal fédéral *a rejeté pour l'instant cette théorie*[330]. En l'état actuel du droit, *elle ne nous paraît pas avoir de véritable raison d'être.* En effet, outre le fait qu'elle mette en péril le principe de la relativité des conventions et qu'elle étende ainsi la prévisibilité des risques pris par tout partenaire contractuel, elle consiste à régler à travers le contrat une question essentiellement de responsabilité délictuelle, soumise à une appréciation de politique législative sur l'étendue de la réparation. En effet, si le législateur ou le juge estime qu'un dommage spécifique doit être réparé, alors qu'il n'y a pas de relation contractuelle entre l'auteur du dommage et la victime, il faut faire appel au mécanisme de la responsabilité délictuelle, le cas échéant en développant les critères actuels. *Le but du contrat n'est pas d'abord de réparer des préjudices,* mais bien de permettre à un contractant d'obtenir une prestation particulière convenue entre les parties. Or, les tiers protégés n'ont pas un tel droit à l'exécution de la prestation; partant, l'institution est bel et bien exogène au droit du contrat et ne doit pas être reprise en droit suisse. Si les parties à un contrat ont pris en compte les intérêts de tiers et qu'elles entendent conférer des avantages à celui-ci, même implicitement, alors la figure de la *stipulation pour autrui* est tout à fait appropriée.

A l'appui de cette affirmation, nous évoquerons brièvement *deux situations:*

1° L'utilisation d'une expertise défectueuse par un tiers (ATF 130 III 345[331]). Un architecte, spécialiste reconnu de l'estimation d'immeubles, avait été chargé par un propriétaire d'estimer un immeuble en vue de l'augmentation du crédit hypothécaire. Plusieurs mois plus tard, le propriétaire soumet toutefois le rapport d'estimation à un tiers qui achète l'immeuble, notamment sur cette base. Peu après la prise de possession, ce dernier constate l'existence de défauts, dont l'élimination se monte à près de Fr. 70 000.–. Dès lors que les défauts étaient identifiables lors de la confection de l'expertise, mais qu'ils n'ont pas été mentionnés dans le rapport, l'acheteur réclame des

330 Dernièrement ATF 136 III 14, JdT 2010 I 303; ATF 130 III 345, JdT 2005 I 41 (estimation d'un immeuble); ATF 123 III 204, JdT 1999 I 9 (responsabilité d'une clinique à l'égard du mari d'une patiente); ATF 121 III 315310, JdT 1996 I 359; ATF 120 II 112/116, JdT 1995 I 202 (contrat de sous-location); ATF 117 II 315/319, JdT 1992 I 396, JdT 1993 II 152 (responsabilité de l'institution de révision bancaire à l'égard d'un client); TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 (défaut et contrat de sous-traitance); TF, 18.1.2000, 4C.194/1999, RJB 2000 289 s.

331 JdT 2004 I 207, SJ 2004 I 461; pour des commentaires, cf. notamment Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten, BR/DC 2004, p. 105 ss; cf. ég. Christian Armbrüster, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia?, in: Norm und Wirkung, Mélanges Wolfgang Wiegand, Berne 2005, p. 71 ss; Alfred Koller, Neue und Alte Fragen zum privaten Baurecht, St-Gall 2004, p. 1; Peter Gauch, Der Schätzer und die Dritten, in: Mélanges Wolfgang Wiegand, Berne 2005, p. 823 ss; Ariane Morin, Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance, note à propos des ATF 128 III 324 et 130 III 345, JdT 2005 I 41; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, RJB 143 (2007), p. 116; Hans Peter Walter, RJB 143 (2007), p. 742; pour une analyse plus approfondie, cf. ég. Werro, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung? (note 265), p. 12 ss.

dommages-intérêts à l'architecte. Le Tribunal de 1re instance, confirmé dans son analyse par le Tribunal cantonal saint-gallois, octroie ce montant sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance. Appelé à se prononcer, le Tribunal fédéral examine non seulement la question de savoir si l'expertise était viciée, mais surtout, le cas échéant, si cela permet au tiers non partie au contrat d'estimation d'obtenir des dommages-intérêts de son auteur.

Répondant aux arguments du recourant, le Tribunal fédéral évoque alors la figure du contrat avec effet protecteur pour les tiers. Sans se prononcer sur son bien-fondé, il relève que même si l'on suivait cette théorie, il faudrait rejeter tout droit à des dommages-intérêts[332]. En effet, comme l'architecte n'était pas en mesure d'identifier le tiers qui eût été dans une proximité suffisante avec le mandant pour l'utilisation de l'expertise, il n'était pas en mesure d'apprécier le risque ou les conséquences de son exécution défectueuse. Pour le Tribunal fédéral, il eût fallu que le mandant (vendeur) conclue le contrat d'estimation en son propre nom, mais qu'il expose à l'architecte la situation d'intérêts communs. Que les intérêts soient communs paraît toutefois peu probable, dès lors que le vendeur de l'immeuble a un intérêt à une valeur d'estimation élevée et l'acheteur à une valeur basse. L'architecte ne savait pas en l'occurrence que le rapport serait soumis à un acheteur potentiel pour le décider; certes, il ne pouvait pas l'exclure totalement, mais il n'y avait pas d'éléments concrets permettant de retenir un tel usage. Par analogie avec ce qu'affirme le Tribunal fédéral pour la responsabilité fondée sur la confiance, il n'est certes pas nécessaire que l'architecte connaisse ou même puisse connaître l'identité du tiers, il faut toutefois qu'il connaisse ou puisse raisonnablement connaître l'usage de l'expertise[333].

En d'autres termes, *on ne peut lui faire supporter un risque contractuel qu'il n'a pas pu raisonnablement apprécier.* Si le Tribunal fédéral rejette toute responsabilité fondée sur la confiance, la solution n'eût pas été différente par application de la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers.

Ainsi, le recours à la figure du contrat avec effet protecteur pour les tiers ne paraît pas nécessaire pour résoudre ce type de problème; le cas échéant, la responsabilité fondée sur la confiance *(Vertrauenshaftung)* peut suffire à régler cette question de responsabilité.

2° *La position du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage.* Un arrêt récent pose la question du recours à la figure du contrat avec effet protecteur pour les tiers en matière de contrat de construction[334]. L'hypothèse envisagée par

332 ATF 130 III 345 consid. 1.

333 ATF 130 III 345 consid. 3.2.

334 TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 consid. 3.1; cf. ég. notre commentaire, Pascal Pichonnaz, La relation entre maître d'ouvrage et sous-traitant – Le problème de la réparation directe du dommage subi par le maître, BR/DC 2011, p. 74 s.

cet arrêt est celle d'un maître d'ouvrage ayant confié l'exécution d'un ouvrage à un entrepreneur général. Celui-ci a alors sous-traité une partie des travaux à d'autres entreprises (sous-traitants). Dans une telle situation, il n'existe en principe aucune relation contractuelle directe entre le(s) sous-traitant(s) et le maître de l'ouvrage[335]. Les parties peuvent toutefois prévoir certains droits dans les deux contrats (p. ex. droit de donner des instructions[336]) ou un aménagement de droits spécifiques (régime de garantie notamment[337]). En l'absence de règles contractuelles coordonnées entre les deux contrats, le maître ne peut pas exiger du sous-traitant l'exécution des travaux prévus par le contrat de sous-traitance[338]; il ne peut pas non plus obtenir des dommages-intérêts fondés sur la mauvaise exécution des obligations du contrat de sous-traitance. Seule une responsabilité fondée sur un acte illicite, causant un dommage à la propriété du maître d'ouvrage serait possible[339]; de même, le recours à la responsabilité fondée sur la confiance évoqué par le Tribunal fédéral[340] vise l'hypothèse dans laquelle le sous-traitant a accompli une prestation sans y être obligé[341].

Or, dans le cas d'espèce, le maître d'ouvrage souhaitait obtenir la réparation de défauts de l'ouvrage. Toutefois, l'entrepreneur général était tombé en faillite. La question était dès lors celle de savoir si le recours à la *théorie d'un contrat avec effet protecteur* pour les tiers permet au maître d'ouvrage d'obtenir soit la réparation des défauts directement du sous-traitant, soit une indemnisation pour le dommage subi. Le Tribunal fédéral n'a malheureusement pas pu examiner l'argument de l'effet protecteur du contrat de sous-traitance en faveur du maître d'ouvrage pour des raisons formelles[342]. Néanmoins, comme cela découle de l'arrêt, le recours à l'art. 41 CO eût été possible pour obtenir des dommages-intérêts pour l'atteinte portée à l'immeuble par les travaux défectueux. Dans le cas d'espèce toutefois, la demande était prescrite. Le recours à la figure du contrat avec effet protecteur pour les tiers visait ainsi à obtenir par une autre voie ce qu'il n'était plus possible d'obtenir

335 TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 consid. 3.1 (et les références); ég. déjà ATF 94 II 161 consid. 3b, JdT 1969 I 650; Bühler, ZKomm., n. 52 ad art. 364 CO; F. Chaix, CR-CO I, n. 40 et 43 ad art. 363 CO; Peter Gauch, Le contrat d'entreprise, adaptation française B. Carron, Zurich 1999, n. 162; Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 4302.

336 Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 4304.

337 Pour une analyse détaillée, cf. Romeo Cerutti, Der Untervertrag, th. Fribourg 1990, n. 139 ss.

338 Gauch, Le contrat d'entreprise (note 335), n. 163 ss; Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 4302 ss.

339 ATF 123 III 312, JdT 1998 I 27; ATF 120 II 335, JdT 1995 I 363; Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 4305; Gauch, Le contrat d'entreprise (note 335), n. 171 ss.

340 En part. ATF 133 III 449, BR/DC 2008 p. 69 n° 134 et Pascal Pichonnaz, RSJ 104 (2008) 195.

341 Sur les difficultés de remplir les conditions posées, cf. Tercier/Favre, Les contrats spéciaux (note 65), n. 4305; Pichonnaz (note 340), RSJ 104 (2008) 195.

342 TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 consid. 3.2.2.

par la voie délictuelle. Cela ne nous paraît pas approprié. En effet, la relation entre maître d'ouvrage et tiers peut être aménagée spécifiquement si telle est la volonté des parties, notamment en prévoyant une stipulation pour autrui parfaite (expresse ou tacite), comme le souligne le Tribunal fédéral[343]. Sinon, il n'y a pas de raisons de rompre le principe de la relativité des conventions. Certes, pour réparer un dommage purement économique subi par le maître d'ouvrage, démontrer la relation d'illicéité pour justifier l'obligation de réparation du sous-traitant ayant effectué les travaux peut s'avérer difficile, raison pour laquelle le droit allemand admet largement cette construction dans la relation entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant[344]. Au vu de ce qui précède, il nous semble toutefois que la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers n'est ni nécessaire à l'heure actuelle, ni conforme au principe même du droit des contrats[345].

III. Le droit des obligations et la «socialisation du droit privé»

Le Code des obligations est l'expression de certaines valeurs. Celles-ci ont évolué au cours du temps, ce qui a entraîné une modification du droit des obligations et de l'interprétation du Code des obligations lui-même[346].

Les valeurs du Code des obligations suisse sont plutôt *libérales,* du moins pour la partie générale du Code. Le législateur de 1911 n'avait pas pour souci premier d'assurer l'égalité dans l'échange («Equality in exchange»[347]), autre-

---

343 TF, 28.7.2010, 4A_226/2010 consid. 3.2, qui souligne que la liberté contractuelle permet de prévoir a) que le sous-traitant s'engage directement envers le maître à livrer un ouvrage exempt de défaut; b) que le maître et l'entrepreneur principal conviennent dans leur contrat d'entreprise de la cession au maître des prétentions en réparation du dommage causé par le sous-traitant; c) ou que finalement, l'entrepreneur principal et le sous-traitant concluent un contrat en faveur du maître (stipulation pour autrui; CO 112 II). Pour une analyse détaillée, cf. ég. CERUTTI (note 337), n. 139 ss.

344 Cf. cep. pour les relations entre maître d'ouvrage et sous-traitants en Allemagne, pour tous les autres, cf. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (note 314), n. 13 ss ad § 328 BGB; GOTTWALD, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (note 314), Vol. 2, n. 106 ss ad § 328; ég. BGH, 10.11.1994, 3e Zivilsenat, ZR 50/94, NJW 1995, p. 392.

345 Cf. ég. contre l'intégration de cette théorie en droit suisse, SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 87.05.

346 Cf. à cet égard et pour tous les autres, AMSTUTZ, Der Text des Gesetzes (note 198), p. 237 ss; PIERRE MOOR, Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit, Genève/Zurich/Bâle/Bruxelles/Paris 2010, p. 237 ss; WERRO, CR-CC I, n. 1 ss ad art. 1 CC.

347 Pour une analyse de cette notion, cf. notamment JAMES GORDLEY, Equality in Exchange, 69 (1981) Cal. L. Rev., p. 1587 ss, en part. p. 1590; ég. IDEM, The Philosophical Origins of Modern Contract Law, Londres 1991, p. 94 ss; de même pour l'évolution entre *clausula rebus sic stantibus* et *hardship* au sens des Principes européens et UNIDROIT, cf. JAMES BERNARD MURPHY, Equality in Exchange, 47 (2002) Am. J. Juris., p. 85 ss; PASCAL PICHONNAZ, De la *clausula rebus sic stantibus* au *hardship,* Aspects d'une évolution du rôle du juge, in: A. Ruelle/M. Berlingin (édit.), Le droit romain d'hier à aujourd'hui, Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard, Bruxelles 2009, p. 149 ss, en part. p. 170 et les réf.; ég. IDEM, From *clausula rebus sic stantibus* to hardship: aspects of the evolution of the judge's role, Fundamina 2011, p. 125.

ment dit une sorte d'égalité matérielle entre les parties au contrat. L'accord des manifestations de volonté implique en soi une égalité subjective des prestations échangées; cela satisfait en principe le législateur.

Pour se satisfaire de cette *égalité subjective,* il faut toutefois assurer un comportement conforme à la bonne foi des partenaires contractuels dans la phase précontractuelle et durant le contrat lui-même. Ainsi, la bonne foi imposée par l'art. 2 al. 1 CC est la conséquence directe d'un régime fondé sur la volonté individuelle; elle n'est pas une valeur tendant à une égalité distributive, ni à une égalité matérielle.

Certaines dispositions visent cependant à protéger une partie contre *l'asymétrie dans la négociation ou dans l'information.* On peut considérer alors que les règles en question assument un aspect «social»; en effet, le principe du *«bargain»,* d'une affaire négociée, cher au droit anglais[348], cède le pas à la volonté d'assurer une certaine justice sociale dans l'échange. A défaut de pouvoir toujours rétablir un certain équilibre formel, la jurisprudence du Tribunal fédéral a parfois essayé d'atteindre un *équilibre matériel,* faisant prévaloir une plus grande égalité dans l'échange des prestations, ce qu'elle caractérise parfois par l'expression de *«droit privé social»:* «Das Vertragsrecht wird zunehmend ‹materialisiert›, die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.»[349]. Comme l'indique cet extrait d'un arrêt du Tribunal fédéral *(Fussballclub Lohn),* le souci de l'équilibre matériel entre les prestations s'est particulièrement développé en droit du bail, du travail, dans la protection des consommateurs ou encore en matière de conditions générales contractuelles.

Nous n'allons pas reprendre tous ces aspects. Notre attention va se concentrer sur quelques questions qui se sont développées depuis l'adoption du Code des obligations. Ainsi, après avoir discuté de la nullité pour vice de forme et de sa relativisation (1.), nous aborderons la question de la nullité partielle pour lésion (CO 21), innovation du Tribunal fédéral de la fin des années nonante (2.), pour traiter ensuite du contrôle des conditions générales (3.) et du développement du droit de la consommation sous l'impact du droit européen (4.).

1. La nullité pour vice de forme et sa relativisation

L'évolution de la jurisprudence relative à la nullité pour vice de forme est le signe du souci de prendre en compte le but de protection des parties, en particulier dans les affaires immobilières. Le droit des obligations a ainsi passablement

348 SAMUEL, Law of obligations (note 164), p. 97 s. (sur l'idée de promesse – *promise)*; MICHAEL FURMSTON/GREG J. TOLHURST, Contract Formation, Law and Practice, Oxford 2011, n. 10.17 p. 284; MICHAEL FURMSTON (édit.), The Law of contract, 4e éd., Londres 2010, n. 2.23, p. 274.

349 ATF 123 III 292 consid. 2 e/aa, JdT 1998 I 586.

évolué depuis l'adoption du Code des obligations. Après avoir rappelé le régime prévu à l'origine (a.), nous évoquerons son évolution (b.).

a. Le principe: la nullité absolue du contrat

Reprenant les acquis du législateur de 1881 (art. 9 aCO), le législateur de 1911 a retenu à l'art. 11 CO que «[l]a validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi». Le respect de la forme légale est une condition de validité du contrat, en particulier du contrat de vente d'immeuble[350]. Ainsi, le non-respect de la forme légale entraîne *une nullité* (absolue) du contrat (CO 11 II)[351]. Partant, le contrat est sans effet et aucune partie ne peut en réclamer l'exécution[352]. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une nullité originaire, qui doit être relevée d'office, qui est imprescriptible et que les tiers peuvent aussi invoquer[353].

Un premier tempérament intervient par le fait que la jurisprudence a admis qu'il était possible d'envisager *une nullité partielle* au sens de l'art. 20 al. 2 CO[354]. Néanmoins, la sanction demeure toujours la même: une nullité absolue. Dès lors, si des prestations ont déjà été effectuées, elles sont sans fondement juridique, de sorte que chaque partie peut – selon les exigences des dispositions applicables – agir en revendication (CC 641) ou en enrichissement illégitime (CO 62 ss) et le registre foncier peut être rectifié (CC 975)[355]. Si le vice de forme résulte de la faute d'une partie, celle-ci doit indemniser l'autre partie du dommage

---

350 JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, th. Fribourg 1988, n. 608 p. 173; ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: A. Koller (édit.), Der Grundstückkauf, 2e éd., Berne 2001, § 3 n. 27.

351 ATF 116 II 700 consid. 3b, JdT 1991 I 643; TF, 16.11.2001, 4C.225/2001 consid. 2a; TF, 18.05.2006, 4C. 162/2005 consid. 3.2; TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 698; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 548; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 262; KOLLER, OR AT (note 217) § 12 n. 97 ss.

352 TF, 02.08.2006, 5C.96/2006 consid. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 549; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 617, p. 175; KOLLER, Formmangel (note 350), § 3 n. 30.

353 ATF 116 II 700, JdT 1991 I 643; ATF 112 II 330 consid. 2a, JdT 1987 I 70; ATF 106 II 146 consid. 3, JdT 1980 I 580; ég. SCHWENZER, BSK OR I, n. 17 ad art. 11 CO; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 18 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 622 s., p. 176; KOLLER, Formmangel (note 350), § 3 n. 133.

354 TF, 18.05.2006, 4C.162/2005; TF, 07.01.1999, n.p., SJ 2000 I 533; ATF 60 II 98, JdT 1934 I 637; ég. TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 698; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 262; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 19 ad art. 11 CO; BRUNO SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückkauf, RDS 1990 I 223, en part. p. 257; SCHWENZER, BSK OR I, n. 17 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 627 s., p. 178; KOLLER, Formmangel (note 350), § 3 n. 121.

355 ATF 71 II 106; ATF 90 II 39; TF, 16.11.2001, 4C.225/2001 consid. 2a et 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 549; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 263; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 27 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 620, p. 176.

qu'elle a subi, sur la base d'une responsabilité précontractuelle[356], qui entraîne l'obligation de réparer l'intérêt négatif, voire positif en cas d'astuce[357].

b. Le tempérament jurisprudentiel: l'interdiction de l'abus de droit

La jurisprudence a évolué à partir du moment où le Tribunal fédéral a mis en évidence *le but visé par la nullité* pour cause de vice de forme. En effet, toute violation de la forme n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat; il faut que la forme ait pour but de *protéger les parties au contrat,* soit contre un engagement hâtif («Übereilung»[358], p. ex. la forme authentique pour le cautionnement ou la vente d'immeubles), soit contre un contrat conclu sans information suffisante (p. ex. la forme écrite du contrat de prêt à la consommation selon la LCC). C'est l'aspect «social» du Code. Même lorsque le but de la forme est de créer un titre, celle-ci tend à assurer plus de sécurité juridique au profit des parties[359].

Partant, il faut examiner si la partie qui invoque la nullité de forme le fait *en conformité avec le but visé* par le législateur lorsqu'il a imposé la forme spécifique. Il y a ainsi abus de droit à invoquer le vice de forme lorsque cela est contraire au but visé par la disposition prévoyant la forme spécifique[360].

Le Tribunal fédéral a ainsi développé toute une jurisprudence limitant la nullité pour vice de forme en recourant à *l'interdiction de l'abus de droit* (CC 2 II)[361]. S'il y a abus de droit à se prévaloir d'un vice de forme, le juge ne peut en principe pas le relever d'office. Pourtant, le Tribunal fédéral va jusqu'à exiger du juge qu'il relève d'office l'abus de droit[362]. Certes, l'appréciation doit se faire au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce[363], mais le juge

356 GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 28 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 630, p. 179.

357 GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 29 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 631, p. 179.

358 ATF 99 II 159 consid. 2a, JdT 1974 I 66; CHRISTIAN BRÜCKNER, Umfang des Formzwangs, in: J. Schmid (édit.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière (note 170), p. 1 ss, en part. 3; HESS, BSK OR I, n. 1 ad art. 216 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 38.

359 GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 2 ad art. 11 CO.

360 GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 23 ad art. 11 CO; SCHWENZER, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO; KOLLER, OR AT (note 217), § 12 n. 105 s.

361 ATF 116 II 700 consid. 3a, JdT 1991 I 643; ATF 116 II 700 consid. 3a, JdT 1991 I 643; ATF 104 II 99, JdT 1979 I 16; ATF 112 II 330 consid. 3b, JdT 1987 I 70; ATF 112 II 107 consid. 3a, JdT 1986 I 587; TF, 26.06.2007, 4C.21/2007 consid. 3.1; TF, 16.11.2001, 4C.225/2001 consid. 2; TF, SJ 2000 I 533; TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 699; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 550; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 20 ad art. 11 CO; KOLLER, OR AT (note 217), § 12 n. 105 ss; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 699, p. 199.

362 ATF 111 II 276 consid. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 551; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 20 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 702, p. 200 s.

363 *Ibidem.*

peut donc relever l'existence d'un abus de droit à invoquer un vice de forme et considérer ainsi le contrat comme valable[364].

Développée en lien avec la question des dessous-de-table dans les ventes immobilières[365], la jurisprudence s'est généralisée. Pour déterminer si invoquer un vice de forme est abusif[366], *il faut distinguer* selon que l'exécution a ou non déjà eu lieu en tout ou en partie[367]:

1° Les parties n'ont pas (encore) effectué leur prestation. Invoquer un vice de forme n'est alors en principe pas abusif[368]; le non-respect de la forme doit donc être sanctionné par une nullité absolue, relevée d'office[369]. Cette solution permet de garantir le but de l'exigence de forme, à savoir la protection de la partie qui s'engage[370]. La règle n'est toutefois pas absolue[371].

2° Les parties ont effectué leur prestation en connaissance de cause. Lorsqu'un contrat a déjà été exécuté[372] par les deux parties en connaissance de cause, à savoir librement et sans erreur[373], et que l'appréciation de toutes les autres circonstances ne conduit pas à un résultat contraire[374], il est abusif d'invoquer le vice de forme[375]. L'exécution indique en effet que la partie accepte et assume son engagement[376]. En quelque sorte, l'exécution remplace la

364 ATF 98 II 316; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 550.

365 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 702; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 699, p. 199; TF, SJ 2002 I 503.

366 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 552.

367 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 700 s.; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 264.

368 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 556; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 704, p. 201.

369 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 700; ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 264.

370 TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 700.

371 ATF 112 II 111; ATF 116 II 72; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 556 s.; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 24 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 705 ss, p. 201 ss; KOLLER, OR AT (note 217), § 3 n. 41 ss.

372 SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 711 ss, p. 203 s.

373 ATF 112 II 330 consid. 2, JdT 1987 I 70; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 554; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 22 ad art. 11 CO; KOLLER, OR AT (note 217), § 12 n. 117; SCHWENZER, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 717, p. 205.

374 ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 264; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 720 ss, p. 207; KOLLER, OR AT (note 217), § 3 n. 61 et 63.

375 ATF 104 II 99 consid. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 554; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 22 ad art. 11 CO; SCHWENZER, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 724, p. 208; KOLLER, OR AT (note 217), § 3 n. 60 et 63.

376 P. ex. le paiement durant une longue période d'un loyer qui a été augmenté sans respect de la forme, ATF 123 III 70/75, JdT 1998 I 8; TERCIER, Le droit des obligations (note 184), n. 701; SCHWENZER, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO.

forme[377], du moins lorsque la forme ne tend pas à protéger contre un engagement précipité.

Il en va différemment toutefois si la partie qui invoque le vice de forme *l'ignorait* lorsqu'elle a effectué sa prestation[378]. Cette jurisprudence souligne le but de protection de la forme. Celui qui ignore l'exigence doit être protégé en dépit de son ignorance. Cette approche «protectrice» ou sociale *bat en brèche le principe général selon lequel nul n'est censé ignorer la loi.* C'est un signe de l'évolution de la jurisprudence vers une fonction protectrice plus marquée du droit des obligations. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait claires que le Tribunal fédéral retient néanmoins un abus de droit[379].

3° *Les parties ont seulement partiellement exécuté leurs obligations.* Lorsque l'exécution est en cours, la question est plus délicate. La doctrine est partagée. Certains auteurs estiment qu'il faut traiter cette situation comme celle où l'exécution n'a pas encore eu lieu[380], d'autres considèrent qu'il y a abus de droit à invoquer la nullité de forme, du moins lorsque l'exécution a eu lieu pour l'essentiel[381]. Pour ces derniers, non seulement la restitution des prestations est exclue, mais le contrat fonde une prétention à l'exécution du reste[382]. La jurisprudence fédérale retient que si l'exécution est presque complète, ou s'il y a des accords connexes, alors il est possible d'admettre un abus de droit[383].

Le Tribunal fédéral a estimé que la prétention du vendeur en paiement du solde du prix de vente (en cas de dessous-de-table) pouvait être exigée par l'action du contrat[384].

---

377 Koller, OR AT (note 217), § 12 n. 112, qui donne comme exemple l'art. 243 al. 2 CO (promesse de donner).

378 ATF 112 II 330 consid. 3, JdT 1987 I 70; Koller, OR AT (note 217), § 12 n. 119 (qui souhaite toutefois une approche restrictive); Schwenzer, BSK OR I, n. 19 ad art. 11 CO; Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 701; Koller OR AT (note 217), § 3 n. 73.

379 TF, 16.11.2001, 4C.225/2001, consid. 2b *i.f.;* Koller, OR AT (note 217), § 12 n. 119; Christine Chappuis/Nicolas Kuonen, Contenu matériel de l'acte de vente immobilière, in: J. Schmid (édit.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière (note 170), p. 20.

380 Engel, Traité des obligations (note 196), p. 264.

381 TF, 28.10.2003, 4C.175/2003 consid. 3.2; ATF 116 II 700, JdT 1991 I 643; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190), n. 550; Schwenzer, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO.

382 TF, 28.10.2003, 4C.175/2003 consid. 3.2; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT (note 190), n. 550; et dans une certaine mesure TF, SJ 2000 I 533, qui n'accorde pas l'action en exécution, mais des dommages-intérêts fondés sur une responsabilité pour la confiance, dont le montant correspond à la valeur de l'exécution.

383 ATF 116 II 700, JdT 1991 I 643; ATF 112 II 211, JdT 1987 I 307; TF, 16.11.2001, 4C. 225/2001, SJ 2001 I 405; Guggenheim, CR-CO I, n. 22 ad art. 11 CO; Schwenzer, BSK OR I, n. 18 ad art. 11 CO.

384 ATF 112 II 107 consid. 3b; TF, 16.11.2001, 4C.225/2001; Koller, OR AT (note 217), § 12 n. 105; Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 702, qui fonde cette prétention sur la responsabilité fondée sur la confiance.

Enfin, d'autres éléments peuvent permettre de retenir ou d'écarter un abus de droit. Par exemple, le fait que le vice ait été voulu, provoqué ou accepté en connaissance de cause par une partie[385] impose de maintenir le contrat si la forme a pour unique but la protection des parties.

c. *Le tempérament doctrinal: une nullité «guérissable»*

Le recours à l'abus de droit pose des difficultés pratiques. En effet, il n'est pas toujours aisé de démontrer qu'une partie avait ou non connaissance du vice de forme. En outre, l'ignorance du droit ne devrait pas être protégée; or, c'est ce que fait le Tribunal fédéral en l'espèce, en se fondant sur le but de protection sociale de la forme. Enfin, on peut aussi se demander s'il est juste que la nullité de forme doive être relevée d'office (en raison de la nullité absolue) et qu'il en aille de même de l'abus de droit, sans tenir compte de la volonté des parties[386].

Cela a amené une partie de la doctrine à *rejeter l'idée même de la nullité absolue* pour vice de forme[387]. Celui-ci priverait certes d'effets le contrat considéré, mais ce vice ne devrait être relevé d'office que si la forme est liée uniquement à une exigence d'un registre[388]. Dans les autres hypothèses, en lien avec le principe d'allégation, les parties devraient invoquer la nullité liée au vice de forme. Dans ce cas, le juge devrait examiner le comportement des parties après la conclusion du contrat pour déterminer si l'exécution a effectivement guéri le vice de forme, comme le prévoit l'art. 243 al. 3 CO pour le contrat de promesse de donner. *Alfred Koller* estime que le vice de forme est guéri et qu'une prétention en restitution est exclue lorsque les prestations des parties ont été exécutées librement et sans erreur. Il fonde son raisonnement sur l'art. 63 al. 1 CO, dont

---

385 ATF 112 II 330 consid. 2b, JdT 1986 I 587; ATF 90 II 21 consid. 2c, JdT 1964 I 567; ATF 90 II 295 consid. 5, JdT 1965 I 159; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 555; GUGGENHEIM, CR-CO I, n. 23 ad art. 11 CO.

386 Déjà dans ce sens ATF 112 II 330 consid. 2b, JdT 1986 I 587; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 562.

387 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 561; BUCHER, OR AT (note 196), p. 169 s.; HAAB, ZKomm., n. 34–40 ad art. 657 CC; MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht I, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988, p. 25; PETER LIVER, Schweizerisches Privatrecht, V/1, Das Eigentum, Bâle/Stuttgart 1977, p. 138; MEIER-HAYOZ, BKomm., n. 130 ss ad art. 657 CC; HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2e éd., Fribourg 1992, n. 343 ss et 451; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 691, p. 197 et p. 228 ss; partiellement divergent, KOLLER, Formmangel (note 350), p. 122 et 141 ss; IDEM, OR AT, § 12 n. 99 ss; GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht (note 217), p. 126 s.; FRANK FURRER, Heilung des Formmangels im Vertag, Zurich 1992; suivent la théorie de la nullité du Tribunal fédéral: ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 262 et 264; SCHWENZER, OR AT (note 217), n. 31.36 ss; pour une comparaison, cf. HELMUT HEISS, Formmängel und ihre Sanktionen: eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1999, p. 97 ss; *contra* notamment ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 264, qui plaide pour un respect strict de l'exigence de forme et de la nullité absolue.

388 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 562; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung (note 350), p. 197 et 228 ss.

l'application conduit à la même solution que l'application de la théorie de l'abus de droit[389].

Dans le cas de la vente d'immeuble, hypothèse classique en la matière, la forme vise d'abord la protection des parties et, accessoirement, la bonne tenue des registres[390]; partant, le vice de forme *ne devrait pas être relevé d'office.* En outre, l'exécution devrait pallier l'absence de forme et permettre une inscription du nouveau propriétaire sur la base du contrat écrit (ORF 18 I/a 2e hyp.), comme dans l'hypothèse d'un partage successoral (ORF 18 I/b).

Cette approche nous paraît juste dans la perspective de l'évolution du droit des obligations vers une plus grande prise en compte de l'apparence. Un contrat largement exécuté crée l'apparence d'un contrat valide et surtout d'une *volonté effective de s'engager.* Un vice de forme ne saurait briser cette apparence et cette volonté si la forme ne vise pas la protection d'intérêts plus importants, tels la tenue des registres. Il n'est ainsi pas nécessaire de recourir systématiquement à l'abus de droit pour «guérir» le vice de forme.

L'avantage de cette approche est de permettre *d'exiger l'exécution* de la part non encore fournie par l'une ou l'autre des parties. Le régime paraît plus cohérent que d'admettre l'idée d'un acte qui engendrerait une obligation naturelle[391] ou un rapport contractuel de fait[392], lié à une responsabilité fondée sur la confiance déçue[393]. En outre, elle évite de recourir systématiquement à l'abus de droit. Certes, l'approche suivie implique que la partie qui s'est exécutée en méconnaissance de l'exigence de forme n'est pas toujours protégée, mais c'est là la conséquence du devoir d'être vigilant lorsque l'on s'engage. En outre, l'exécution volontaire implique en principe l'accord de cette partie avec le contrat conclu.

2. *La nullité partielle pour lésion*

Dans le Message de 1905, le Conseil fédéral soulignait le fait que l'introduction des règles sur la lésion (CO 21) a pour *but* un peu plus de justice sociale: «On a pensé que les art. 18 et suiv. CO sur l'erreur et le dol coupaient court à toutes difficultés; et cette opinion peut se justifier, *si l'on conçoit la vie économique d'une façon purement commerciale.* Il est cependant des cas dans lesquels, même en l'absence d'une erreur ou d'un dol, il est injuste que l'une des parties puisse réclamer de l'autre l'exécution d'un contrat qui lèse cette dernière»[394].

---

389 Koller, Formmangel (note 350), § 3 n. 66 ss

390 Schmid, Die öffentliche Beurkundung (note 350), n. 35 ss, p. 11 ss; Koller, OR AT (note 217), n. 8 ss; Guggenheim, CR-CO I, n. 2 ad art. 11 CO; Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 675 s.

391 Cf. toutefois Tercier, Le droit des obligations (note 184), n. 703; Schmidlin, BKomm., n. 41 ss ad art. 11 CO; Schmidlin, RDS 1990 I 223 (note 354), en part. 233 s.

392 Hans Giger, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zurich 1989, p. 104 ss.

393 Notamment TF, SJ 2000 I 533.

394 Message 1905, FF 1905 II 11.

Dans son fameux arrêt relatif au bail du *Fussballclub Lohn* (ATF 123 III 292[395]), le Tribunal fédéral tient compte de cette *ratio legis* pour chercher à affirmer encore un peu plus ce principe de justice sociale, notamment par référence à une nullité partielle qui tend à protéger la partie exploitée ou en position de faiblesse. Pour le Tribunal fédéral, il s'agit là de l'expression de l'esprit du temps («Zeitgeist»), qui ne conçoit plus les conséquences juridiques nécessairement comme noires ou blanches, mais qui tend à *garantir une plus grande égalité matérielle:* «Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarz-Weiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist. Daran kann auch die Rechtsanwendung nicht vorbeisehen. Blosse Teilnichtigkeit wucherischer Verträge entspricht damit geltungszeitlichem Grundsatzdenken.»[396].

En décidant que l'art. 21 CO devait être complété en ce sens que cette disposition doit dorénavant aussi permettre la réduction d'une prestation excessive[397], en l'espèce un loyer excessif pour la location d'un terrain de football, le Tribunal fédéral a favorisé une plus *grande égalité matérielle.* Dans un arrêt de 2008, il a même affirmé en se référant notamment à l'arrêt précité que la nullité partielle aux fins de maintien du contrat *(geltungserhaltende Reduktion)* était l'expression d'un *principe général:* «Diese Regel ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, wonach im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion die Nichtigkeit nur so weit reichen soll, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt»[398]. La méthode suivie par le Tribunal fédéral a été critiquée[399]; il n'en reste pas moins que le résultat recherché exprime bien la volonté d'affirmer un droit des contrats plus soucieux d'une égalité matérielle.

---

395 JdT 1998 I 586, SJ 1998 I 537.

396 ATF 123 III 292 consid. 2 e/aa, JdT 1998 I 586/592: «[...] La conviction juridique actuelle n'est plus uniquement marquée par une représentation noire ou blanche de la validité ou de la nullité des actes relevant du droit privé; elle s'appuie d'une manière toujours plus ferme sur la zone grise d'une réduction des contrats viciés par une correction judiciaire du contenu qui maintient la validité de l'acte. La possibilité donnée au juge de modeler le contrat correspond évidemment à l'esprit du temps. L'application du droit ne peut pas ignorer cette évolution. La simple nullité partielle des contrats usuraires correspond ainsi à la réflexion fondamentale qui a cours actuellement [...]»; cf. déjà *supra* p. 180.

397 Pour la jurisprudence antérieure, cf. notamment ATF 64 I 39, JdT 1938 I 216; ATF 84 II 107 consid. 4, JdT 1958 I 531; ATF 92 II 168 consid. 6c, JdT 1967 I 130.

398 TF, 18.12.2008, 4A_404/2008 consid. 5.6.1; le TF renvoie aussi à des arrêts antérieurs, ATF 123 III 292 consid. 2 e/aa, JdT 1998 I 586; TF, 17.8.2006, 4C.156/2006 consid. 3.1 et TF, 15.8.2005, 4C.25/2005 consid. 2.3.

399 Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer, Le pluralisme pragmatique du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? Réflexions sur l'ATF 123 III 292, PJA 1999 417/418; cf. ég. en défense de la méthode, Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, Recht 17 (1999), p. 157–166.

Ainsi, l'interprétation de l'art. 21 CO ne résulte pas d'abord du souci de combler une lacune, mais bien d'adapter la disposition et sa fonction à *l'évolution de la société.* D'ailleurs, le Tribunal fédéral se réfère expressément au fait que la doctrine dominante contemporaine «soutient résolument l'opinion selon laquelle le juge peut même dans le cas de l'art. 21 CO réduire ou augmenter les prestations trop élevées ou trop basses prévues dans le contrat usuraire, en tout cas si le lésé le demande»[400].

On retrouve la même tendance bien sûr en droit du bail, avec tout un régime spécifique d'adaptation du loyer à ce qui est matériellement (encore) juste (art. 269 ss CO[401]) et dans d'autres domaines, comme en témoignent notamment les art. 20 al. 2 CO (nullité partielle), et surtout les art. 417 CO (sur la réduction du salaire excessif du courtier), 356b al. 2 CO (sur la réduction des contributions excessives dans les conventions collectives de travail), voire l'art. 163 al. 3 CO (sur la réduction des peines conventionnelles). Ce souci d'un droit soutenant des contrats matériellement plus équitables se reflète ainsi à divers égards dans la jurisprudence du Tribunal fédéral liée notamment à ces dispositions.

L'arrêt du *Fussballclub Lohn* est aussi un bel exemple de la manière dont les valeurs défendues par la jurisprudence se concrétisent aussi hors du Code. *Le droit des obligations se fait hors du Code, mais à travers lui.* Le Tribunal fédéral l'exprime en affirmant que sa conception «résulte à nouveau de la finalité protectrice de l'art. 21 CO»[402].

Ce développement s'exprime d'ailleurs aussi dans l'analyse des *conditions d'application* de l'art. 21 CO. Le Tribunal fédéral admet ainsi la gêne du club de foot parce qu'il est essentiel pour lui d'avoir un terrain pour garder sa licence. Or, jouer dans une commune voisine n'est pas une solution réaliste pour les fans et l'aspect social. Ce qui est décisif est ainsi que l'une des parties considère la conclusion du contrat désavantageux comme un moindre mal pour couvrir des besoins vitaux à ses yeux. C'est là aussi l'expression d'un droit des contrats qui se veut plus juste[403].

Ce n'est pas le lieu de revenir ici sur les critiques que nous avions formulées à l'époque sur la méthode du *pluralisme méthodologique pragmatique* et le recours à l'esprit du temps pour fonder la décision. D'une part, cette méthode est le résultat d'un changement de notre ordre juridique suisse, qui d'une approche «structuraliste» du droit des obligations, et du droit privé en général, utilise aujourd'hui un discours et une argumentation fondés sur des *valeurs communes,*

---

400 ATF 123 III 292 consid. 2d, JdT 1998 I 586/590.

401 Les dispositions entrées en vigueur au 1er juillet 1990 remplacent l'AF du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif et l'Ordonnance y relative du 10 juillet 1972.

402 JdT 1998 I 586/599.

403 JdT 1998 I 586/595.

dont le Tribunal fédéral est en quelque sorte le porte-parole avec une légitimité égale à celle du législateur[404]. Nous y reviendrons encore[405].

3. *Une protection accrue des conditions générales*

Le contrôle du contenu des conditions générales touche à la question du rôle à donner au contrat dans le régime contractuel suisse[406]. Le contrat doit-il être l'instrument d'une justice contractuelle et le juge doit-il être l'artisan de sa mise en œuvre? Cela suppose que les règles dispositives du Code des obligations qui ont déterminé abstraitement un équilibre entre les prestations doivent permettre de corriger les comportements excessifs ou déloyaux dans l'usage de la liberté contractuelle[407]. Il y a donc une tension apparente entre autonomie de la volonté et équité contractuelle[408].

Lors de l'adoption du Code des obligations, il n'y avait aucune disposition relative aux conditions générales *(Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB),* que ce soit en lien avec leur intégration ou leur contrôle. Depuis leur développement dans les années 1960, les conditions générales sont devenues un instrument incontournable du système contractuel des entreprises, que ce soit dans l'optique de rationnaliser la gestion de contrats de masse ou de maîtriser la complexité de certains contrats récurrents de l'économie, notamment dans le domaine de la construction[409]. Leur utilisation présente d'abord un *enjeu économique,* puisque le recours à des conditions générales permet de réduire en partie les coûts de transaction[410]. Elle facilite surtout l'appréciation du risque entrepreneurial à travers la standardisation des relations contractuelles et rend possible une extrapolation du risque au-delà du contrat individuel.

---

404 Cf. à cet égard, AMSTUTZ, Der Text des Gesetzes (note 198) p. 255; WERRO, CR-CC I, n. 10, 17, 22 et 31 ss ad art. 1 CC.

405 Cf. *infra* p. 205.

406 PIERRE TERCIER, Quels fondements pour le contrat au XXIe siècle?, in: F. Bellanger/F. Chaix/Ch. Chappuis/A. Héritier Lachat (édit.), Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 209 ss.

407 PASCAL PICHONNAZ/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD, Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ 106 (2010), p. 285 ss, en part. p. 289.

408 PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré (note 209), p. 378 s. Dans le même sens à propos du contrôle du contenu des conditions générales, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1148a; ég. ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 35 ss; sur le rapport entre l'autonomie de la volonté et la justice contractuelle, cf. ég. EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, th. Fribourg 2000, *passim;* IDEM, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, PJA 1998, 433 ss.

409 Pour une analyse approfondie de cette question, cf. récemment ARIANE MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 497 ss, plus spéc. p. 502 s.; PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré (note 209), p. 377 ss.

410 HANS-BERND SCHÄFER/PATRICK C. LEYENS, Judicial Control of Standard Terms and European Private Law, in: P. Larouche/ F. Chirico (édit.), Economic Analysis of the DCFR, The work of the Economic Impact Group within CoPECL, Munich 2010, p. 97 ss, en part. p. 99.

Pour être efficace, le recours aux conditions générales implique en principe une intégration globale, sans lecture, ni discussion du contenu[411]. On peut dès lors se demander quelle est la portée de la volonté des parties sur le contenu des conditions générales. On s'éloigne de la représentation du législateur de 1911, pour qui la force obligatoire du contrat dépendait de la volonté des parties sur chacun des éléments de celui-ci.

Toutefois, pour exercer un choix et par là même favoriser une saine concurrence entre les prestataires de biens et de services, leurs destinataires devraient prendre connaissance des conditions générales. Or, ce n'est en principe pas le cas, car l'utilisateur des conditions générales doit éviter autant que possible leur négociation individuelle ou leur modification. La gestion des risques contractuels et du portefeuille contractuel dépend du degré d'homogénéité des contrats conclus. Il est donc juste de limiter la négociation individuelle et de *favoriser l'intégration globale* des conditions générales au contrat. Il faut toutefois assurer alors un contrepoids à cette intégration globale.

Enfin, même s'il prend connaissance des conditions générales lors d'une intégration individuelle, le cocontractant n'a en principe pas les moyens de contraindre son partenaire à en modifier la teneur; les clauses sont ainsi non négociées. La marge de manœuvre du destinataire des conditions générales se limite donc souvent à les accepter telles quelles ou à refuser de conclure le contrat (principe du *«take it or leave it»)*[412].

En résumé, le marché n'est pas transparent et ne permet pas aux cocontractants des utilisateurs de conditions générales de faire des choix ou, à tout le moins, des choix éclairés. Les conditions générales ne sont pas prises en compte par le cocontractant pour décider s'il conclut ou non un contrat, pourtant leur impact sur le contenu effectif de la relation contractuelle est important. Des conditions générales qui excluent une garantie pour les défauts ou limitent les moyens du partenaire commercial entraînent un déséquilibre entre prestations et contre-prestations si la rémunération ne reflète pas cette absence de droit. Or, comme le cocontractant ne connaît pas le contenu des conditions générales, il ne va en principe pas en tenir compte pour fixer une rémunération qui prenne en considération de ces éléments. *Le marché permet dès lors d'obtenir des avantages indus,* en supprimant dans les conditions générales des garanties et des prestations accessoires sans réduire la contre-prestation. Ces avantages indus entraînent ainsi une distorsion de concurrence ou, si tous les acteurs

---

411 MORIN, Les clauses (note 409), RDS 2009 p. 519 s.; FRANZ WERRO, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales, in: F. Werro/ H. Stöckli (édit.), Journées du droit de la circulation routière, Berne 2006, p. 1 ss, en part. p. 7 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1138 ss.

412 PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision (note 407), p. 285 s.; MORIN, Les clauses (note 409), p. 508 ss; PICHONNAZ, Vers un contrôle (note 209) p. 383; SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 313 s.; WERRO, L'achat (note 411), p. 9.

suivent le mouvement, une dégradation importante de la qualité des prestations contractuelles.

Contrôler le contenu des conditions générales a ainsi d'abord pour but de garantir le fonctionnement du marché en permettant une concurrence loyale[413]. Cela doit permettre d'éviter que certains concurrents obtiennent des avantages indus; le contrôle du contenu des conditions générales est ainsi un complément nécessaire au droit de la concurrence. Au surplus, il tend également à prévenir que le phénomène des conditions générales abusives induise une course vers la médiocrité de l'offre, un *«race to the bottom»;* il y a en effet un intérêt – à moyen terme au moins – à proposer des conditions générales abusives, si ni le partenaire contractuel, ni le juge ne peut les revoir et que cette détérioration n'affecte pas le prix. Ainsi, contrairement à la jurisprudence qui invoque la protection de la partie «socialement» la plus faible («sozial schwächeren Partei»)[414], le contrôle du contenu des conditions générales est une *mesure de régulation du marché.* Il n'est dès lors pas totalement correct d'assimiler le contrôle du contenu des conditions générales abusives au *«droit privé social»* ou au droit de la consommation, même si cette conception est liée à l'évolution du droit européen en la matière[415].

Le contrôle du contenu des conditions générales opéré en droit suisse est aujourd'hui *essentiellement jurisprudentiel.* Il ne nous paraît pour l'heure pas suffisant pour atteindre le but économique recherché[416]. En effet, le régime jurisprudentiel de la *«clause insolite» (Ungewöhnlichkeitsregel)* développé par le Tribunal fédéral ne permet de rendre inopérante une clause de conditions générales que dans des circonstances particulières. Une clause est ainsi exclue de l'acceptation globale des conditions générales si «l'attention de la partie plus faible ou la moins expérimentée n'a pas été attirée spécialement» sur elle *(élément de surprise)* et que celle-ci «modifie essentiellement le caractère du contrat ou s'écarte notablement du cadre légal caractéristique du contrat en

---

413 SCHÄFER/LEYENS (note 410), p. 105: «Judicial control counteracts the danger that informational deficits will lead to a (partial) market failure».

414 TF, 18.12.2008, 4A_404/2008 consid. 4.1.2 «Das zwingende Vertragsrecht hat die Aufgabe, sozial und wirtschaftlich schwächere Vertragspartner zu schützen» et consid. 5.6.3.2.1 «In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die geltungserhaltende Reduktion sei aus präventiven Gründen abzulehnen, wenn gegen eine Norm zum Schutz der sozial schwächeren Partei verstossen werde».

415 La Commission a en effet intégré la Directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs dans le Projet du 8 octobre 2008 de Directive européenne relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final, notamment art. 30 à 39.

416 Pour une analyse des solutions apportées par le droit des contrats, cf. déjà BERND STAUDER, Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs, SJ 1982 481 ss, en part. p. 487 ss; et plus récemment PICHONNAZ, La protection du consommateur en droit des contrats (note 119), p. 323 ss; MORIN, Les clauses (note 409), p. 508 ss; SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Le point sur les clauses abusives, in: L. Ojha/ P.-F. Vulliemin (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, p. 101 ss, en part. p. 107 s.

question» *(élément de déséquilibre)*[417]. L'effet de la règle de la «clause insolite» se limite donc aux cas dans lesquels les conditions générales ont fait l'objet d'une acceptation globale[418]. Même si récemment le Tribunal fédéral a admis plus largement le caractère insolite de certaines clauses contractuelles[419], ce contrôle «caché» du contenu[420] ne résout notamment pas la difficulté des conditions intégrées individuellement, c'est-à-dire après lecture, mais sans possibilité réelle d'adaptation.

L'art. 8 LCD actuel a certes pour objectif de réprimer l'utilisation de conditions générales lorsque celles-ci constituent un acte de concurrence déloyale[421], mais les exigences qu'il pose rendent toutefois aujourd'hui pratiquement illusoire toute application de ce «contrôle de loyauté»[422]. Pour remédier à cette situation, plusieurs initiatives ont été formulées, sans emporter la conviction du Conseil fédéral et d'une partie des milieux concernés[423]. La dernière proposition concernait l'adoption d'un art. 20a CO[424] dans le contexte de l'Avant-pro-

417 ATF 135 III 225 consid. 1.3, SJ 2009 I 446; ATF 135 III 1 consid. 2.1, rés in RSJ 105 (2009) 190; TF, 18.12.2008, 4A_404/2008 consid. 5.6; TF, 09.05.2008, 4A_187/2007 consid. 5.4, rés. in: JdT 2009 I 29; ATF 119 II 443 consid. 1a, SJ 1994 637; MORIN, Les clauses (note 409), p. 519; PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré (note 209), p. 390 ss, en part. p. 399; PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 106 (2010), p. 191; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Le point (note 416), p. 109 s; WERRO, L'achat (note 411), p. 7 ss.

418 ATF 135 III 225 consid. 1.3, SJ 2009 I 446; ATF 135 III 1 consid. 2.1, rés. in: RSJ 105 (2009) 190.

419 Voir déjà notre remarque in: PASCAL PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, RSJ 105 (2009), p. 187 ss, en part. 190 s. et les arrêts récents qui l'ont admis: ATF 135 III 225 consid. 1.3, SJ 2009 I 446; ATF 135 III 1 consid. 2.1, rés in RSJ 105 (2009) 190; TF, 09.05.2008, 4A_187/2007 consid. 5.4, rés. in: JdT 2009 I 29; et précédemment seulement 16 ans plus tôt ATF 119 II 443 consid. 1b, SJ 1994 637; rejeté en revanche par ATF 122 III 373 consid. 3a, JdT 1997 I 350; TF, 01.10.2004 5C.134/2004 consid. 4.

420 Cf. notamment THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008 943 ss.

421 Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 18 décembre 1986 (LCD; RS 241).

422 Cf. *infra* p. 191.

423 Pour un aperçu des initiatives en vue d'améliorer le contrôle des conditions générales, cf. PICHONNAZ, Vers un contrôle (note 209), p. 380 ss; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Le point (note 416), p. 123 s.; WERRO, L'achat (note 411), p. 15 ss.

424 Libellée exclusivement en allemand, cette disposition prévoyait ce qui suit: «[1]Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. [2] Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist»; PICHONNAZ, Vers un contrôle amélioré (note 209), p. 381, en propose la traduction française suivante: «[1]Les clauses contenues dans des conditions générales préformulées sont abusives et inefficaces, si elles désavantagent de façon indue le partenaire contractuel de leur utilisateur. [2]Il faut notamment retenir qu'il y a un désavantage indu lorsqu'une clause ne peut être rendue compatible avec des principes importants de la réglementation légale auxquels elle déroge au détriment du partenaire contractuel».

jet de révision totale de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance[425], dont le Tribunal fédéral s'était même fait l'écho dans l'ATF 135 III 1 (c. 2.2).

Le Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)[426] proposait de réformer l'actuel art. 8 LCD[427]. Le Conseil des Etats avait adopté du bout des lèvres cette modification le 29 septembre 2010, le Conseil national l'a toutefois rejetée assez largement le 8 mars 2011[428]. En vue de régler la divergence, le Conseil des Etats a dès lors proposé un compromis consistant à n'appliquer l'art. 8 LCD qu'aux seuls contrats passés *avec des consommateurs*[429]. Cette modification a finalement été adoptée en votation finale le 17 juin 2011; son impact sera toutefois trop restrictif par rapport au but poursuivi par le contrôle du contenu. En effet, la mesure de régulation du marché tendant à un comportement loyal des acteurs ne sera ainsi que partielle, puisque les clauses abusives ne seront pas affectées par l'art. 8 LCD lorsqu'elles concerneront des PME. Toutefois, comme souvent les conditions générales seront les mêmes pour les consommateurs et les PME, indirectement, la mesure portera tout de même ses fruits.

En cas de rejet définitif, le Tribunal fédéral aurait dû continuer à façonner sa jurisprudence relative aux clauses insolites. Il devra probablement renforcer son contrôle pour les PME, puisque le Conseil national avait rejeté la modification de l'art. 8 LCD, en invoquant notamment le fait que le contrôle des conditions générales abusives était déjà assuré par le Tribunal fédéral[430]. A cet égard, le but du contrôle jouera un rôle sur l'évolution. A notre avis, le contrôle des conditions générales abusives doit principalement être conçu comme la volonté d'éviter les excès de la liberté contractuelle lorsque les parties n'ont pas négocié individuellement les clauses de leur contrat[431].

Comme la solution de compromis est adoptée, il s'agira de déterminer si la décision du Parlement exclut ou non d'appliquer le régime de la clause insolite *aux entreprises, en particulier aux PME et aux associations,* qui se trouveraient dans des situations identiques. Compte tenu du but poursuivi par le contrôle du

---

425 Le projet mis en consultation peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01345/index.html?lang=fr, chemin d'accès: «Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Projet» (consulté le 2.05.2010); la version finale adoptée peut être consultée à la page: http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2009/20090069/Texte%20pour%20le%20vote%20 final%20NS%20F.pdf (consulté le 17 juin 2011).

426 FF 2009 p. 5539 ss (fasc. n° 38 du 22 septembre 2009).

427 FF 2009 p. 5579 ss (fasc. n° 38 du 22 septembre 2009).

428 BOCN 2011, p. 220 ss, ég. sur Internet: *http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4817/347701/d_n_4817_347701_347702.htm.*

429 Séance du 17 mars 2011, BOCE 2011 p. 304 s., ég. sur Internet: *http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4817/350673/f_s_4817_350673_350685.htm.*

430 Cf. notamment les interventions de Kurt Fluri et Johann Schneider-Ammann lors des débats au Conseil national, BOCN 2011, p. 220 ss.

431 Sur cette notion, cf. notamment Pichonnaz, Vers un contrôle amélioré (note 209), p. 378 s.; Ariane Morin, Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse, RDS 2007 II p. 203 ss.

contenu des clauses non négociées, il nous semble important que le régime de la clause insolite puisse continuer à s'appliquer aux entreprises qui en rempliraient les conditions.

L'art. 8 LCD ne fixe pas expressément la sanction. Faut-il prévoir une nullité des clauses abusives, à l'instar du régime des clauses insolites, ou permettre une éventuelle *adaptation des clauses abusives/insolites* au régime dispositif? A notre avis, le Tribunal fédéral a raison de prévoir la seule nullité des clauses abusives ou insolites et non leur adaptation[432]. En admettant une nullité partielle des clauses abusives, on encouragerait les acteurs économiques à prévoir des clauses abusives[433]. En effet, si la seule conséquence d'une clause insolite est qu'elle soit «réduite» au maximum admissible, l'effet préventif du contrôle n'existe plus. Ainsi, la nullité des clauses abusives et le renvoi au régime et aux valeurs du Code doivent être compris non comme l'expression d'une «socialisation du droit privé», mais bien comme *une sanction de l'abus de la liberté contractuelle.*

Cette évolution montre aussi combien *l'autonomie de la volonté* n'est plus considérée comme un bien en soi; on ne veut plus dire que «ce qui est contractuel est juste, parce que c'est ce qui a été voulu et accepté»[434]. Même si les règles qu'il contient sont essentiellement de nature dispositive[435], le Code des obligations a une fonction régulatrice. Certes, les choix «dispositifs» du législateur ne s'imposent pas aux parties, ils expriment toutefois les valeurs de la société en un temps donné et doivent donc permettre au juge de s'y référer, en particulier lorsque le recours au conditions générales globalement intégrées implique que la volonté individuelle du cocontractant n'a pas expressément dérogé aux valeurs du droit dispositif.

---

432 TF, 18.12.2008, 4A_404/2008 consid. 5.6.3.2, dans lequel le Tribunal fédéral rejette expressément l'idée d'une adaptation *(geltungserhaltende Reduktion)*.

433 Du même avis, ég. en lien avec les conditions générales ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, th. Fribourg 1984, p. 83; plus généralement en lien avec l'art. 20 al. 2 CO, SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 32.45; ég. KOLLER, OR AT (note 217), § 13 n. 138; MELANIA LUPI THOMANN, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 56; HUGUENIN, BSK OR I, n. 55 ad art. 19/20 CO; KRAMER, BKomm., n. 376 ss ad art. 19/20 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 1156.

434 TERCIER, Quels fondements? (note 406), p. 210 et les références citées; cf. ég. BELSER, PJA 1998 (note 408), p. 437; BELSER, Freiheit (note 408), p. 19.

435 PETER FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: H. Giger/W. Schluep (édit.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, p. 23 ss, en part. p. 25; cf. cep. le constat relatif à l'augmentation des règles impératives, in TERCIER, Quels fondements? (note 406), p. 215; cf. ég. ENGEL, Traité des obligations (note 196), p. 36 et 62; PIERRE WESSNER, Contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible? RDS 1986 I 161 ss, en part. p. 163.

4. *L'avènement d'un droit contractuel de la consommation*

La conception d'un droit tendant spécifiquement à protéger les consommateurs, appelé aussi «droit de la consommation»[436], est apparue en Suisse sous l'impulsion de la Communauté européenne. En effet, lors du Sommet des chefs d'Etat des Communautés européennes de 1972, ceux-ci ont souhaité que la Communauté ne se borne pas à promouvoir l'expansion économique, mais qu'elle ait aussi pour but d'améliorer les conditions de vie et de travail des peuples qui la composent. Cela supposait l'adoption de politiques nouvelles dont le but était de «renforcer et coordonner les actions en faveur de la protection des consommateurs»[437].

En 1975, le Conseil des ministres a défini un programme préliminaire de la CEE pour une *politique de protection et d'information des consommateurs*[438]. Il a fixé cinq objectifs fondamentaux pour protéger le consommateur: a) le droit à la protection de sa santé et de sa sécurité; b) le droit à la protection de ses intérêts économiques; c) le droit à la réparation des dommages; d) le droit à l'information et à l'éducation et e) le droit à la représentation (droit d'être entendu). Or, la protection des intérêts économiques du consommateur suppose une intervention dans le droit des contrats. Celle-ci s'est faite graduellement à partir de 1985. En effet, dans un document du 23 juillet 1985, intitulé «Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs»[439], la Commission indiquait que les consommateurs devaient être en mesure de profiter du marché; pour cela, il fallait prendre en compte les intérêts de ce dernier.

Ainsi, après avoir cherché à assurer la coordination des «marchés communs», la Communauté a développé l'idée de créer un authentique *marché intérieur* (Acte unique du 28 février 1986, en vigueur depuis le 1er juillet 1987[440]) qui tend à établir un «espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée» (art. 14 al. 2 TCE), dont la période de réalisation progressive expirait le 31 décembre 1992. Avec le Traité de Maastricht du 7 février 1992, en vigueur depuis le 1er novembre 1993[441], c'est le concept de *marché unique* qui devient central. Cela suppose alors de motiver encore plus le consommateur à passer outre les

---

436 Sur la notion du droit de la consommation, cf. notamment MARLIES KOLLER-TUMLER, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes (note 117), p. 1 ss, en part. p. 56 ss et les réf.; ég. PICHONNAZ, La protection du consommateur (note 119), p. 323 ss; IDEM, Le contrat dans le droit de la consommation, in: M. Braun (édit.), Actualités du droit des contrats, le contrat à la croisée des chemins, Lausanne 2008, p. 45 ss avec de nombreuses références.

437 Déclaration du sommet de Paris du 19 au 21 octobre 1972, Bulletin des communautés européennes, octobre 1972, N° 10, p. 15–16.

438 Résolution du Conseil du 14 avril 1975 relative au premier programme sur la protection des consommateurs et la politique d'information, JOCE 1975 C 92, 25.04.1975, p. 1.

439 Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs, 23 juillet 1985, COM (85) 314 final.

440 JOCE L 169 du 29 juin 1987.

441 Traité de Maastricht sur l'Union européenne, JOCE C 191 du 29 juillet 1992.

frontières, à faire fonctionner la concurrence dans un marché unique qui devrait être de plus en plus homogène. Or, cela n'est possible que si le consommateur consomme dans tout le marché (unique) sans se préoccuper de l'endroit géographique d'où vient le producteur. Cela suppose de prévoir des règles minimales sur l'information et la protection de ce consommateur qui soient comparables partout dans ce marché unique.

Ce faisant, on peut se demander si la *nature du contrat* n'a pas évolué sous l'impact du «contrat de consommation». En effet, celui-ci est souvent soumis à des règles impératives de «standards minimaux». Considérée comme la valeur intrinsèque du droit des contrats, l'autonomie de la volonté est supplantée par un principe de réglementation, porté par le souci d'assurer une bonne information, puis une protection efficace du consommateur. Ce «droit privé social» modifie expressément la structure de certains contrats, sans toutefois le faire de façon organique ou cohérente. Ainsi, on intervient sur le contrat de voyage à forfait, mais non sur celui d'hôtellerie ou de transport; on règlemente le contrat de crédit à la consommation, mais non celui de crédit en général; on contrôle les contrats assortis de clauses non négociées passés avec des consommateurs, mais non ceux passés avec d'autres acteurs économiques. Ce cloisonnement en partie arbitraire de divers contrats n'a pas empêché une certaine contamination du droit «ordinaire» par les décisions rendues en matière de droit contractuel de la consommation. Il suffit de penser à la définition du dommage immatériel par la Cour de Justice (alors CJCE) en lien avec les voyages à forfait dans l'arrêt *Leitner*[442].

Naturellement, on en vient à se demander s'il faut vraiment traiter les contrats de consommation comme une catégorie distincte, ou s'ils ne sont que la preuve de l'émergence d'une réflexion sur un processus de conclusion des contrats qui soit conforme à une certaine *éthique contractuelle,* la bonne foi en affaires concrétisée par un devoir d'information accru par rapport au droit contractuel du XIXe siècle[443].

Hormis les appels du Parlement européen en faveur d'un code civil européen depuis 1989[444], le processus de *réintégration du droit de la consommation dans le giron du droit contractuel* «ordinaire» a débuté avec la communication de la Commission européenne de 2001, son plan d'action de 2003 et surtout le dépôt du Projet de Cadre commun de référence *(Draft Common Frame of Reference,* DCFR) en février 2008 et dans une version améliorée en février 2009[445]. Le

442 Arrêt CJCE du 12 mars 2002, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG,* Aff. C-168/00, Rec. 2002 p. I-02631.

443 Sur l'ébauche d'une telle réflexion, cf. déjà PICHONNAZ, La protection du consommateur (note 119), p. 323 ss; IDEM, Le contrat dans le droit de la consommation (note 436) en part. p. 65 s.

444 Cf. les résolutions en faveur d'un code civil européen en 1994 (Résolution du 6 mai 1994, JOCE, n° C 205/518, et en 2006 (Résolution du 7 septembre 2006, P6_TA (2006) 0352, n° 1 et 2).

445 CHRISITAN VON BAR/ERIC CLIVE (édit.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Munich 2009.

DCFR est le résultat du travail conjugué de deux groupes, le *Study Group on a European Civil Code* (dirigé par le prof. Ch. von Bar) et le *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (dirigé par le prof. G. Ajani). Or, ce dernier groupe de chercheurs a entrepris, à la demande de la Commission européenne, de dégager des directives existantes les principes généraux du droit des contrats que celles-ci renfermaient. Le résultat de ces travaux a été publié dans deux volumes[446]. Ainsi, fruit des efforts conjugués d'un groupe de chercheurs qui visaient à la concrétisation d'un code civil européen fondé sur la convergence des systèmes nationaux (le *Study Group)* et d'un groupe dont les travaux étaient fondés sur les directives européennes marquées par le droit de la consommation, le *Draft Common Frame of Reference* a en quelque sorte tenté de réintégrer le droit contractuel de la consommation dans le droit ordinaire. Il n'est dès lors pas surprenant que les critiques les plus fortes portent justement sur le caractère trop social ou «consumériste» du droit contractuel figurant dans le DCFR[447].

Ce phénomène n'est pour l'instant qu'à un stade académique et n'a pas encore eu d'impact en Suisse. Néanmoins, il nous paraît judicieux de se demander s'il est juste de séparer un droit contractuel de la consommation du droit des obligations ordinaire. Ne faut-il pas plutôt se demander si la nature du droit des obligations ordinaire doit tenir compte de certains acquis du droit dit de la consommation, en particulier en matière d'information et de lutte contre les comportements déloyaux[448]? Avant d'aborder cette question dans la partie consacrée à l'évolution future du droit des obligations[449], il se justifie encore de rappeler l'impact du droit européen et, partant, de ce droit européen contractuel sur le droit suisse; il s'agit essentiellement de droit de la consommation.

IV. L'impact du droit contractuel européen sur le droit suisse

L'adoption du Code fédéral des obligations en 1881, mais encore plus nettement la mise en vigueur du Code des obligations de 1911 ont marqué une certaine césure du droit suisse des obligations avec les systèmes juridiques voisins. Nous avons vu quelques influences du droit allemand notamment sur de nou-

---

446 Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Munich 2007; Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Munich 2009.

447 Cf. notamment pour de telles critiques Wolfgang Ernst, Der «Common Frame of Reference» aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008), p. 248 ss, p. 274; Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans C. Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 63 (2008), p. 529 ss, p. 537 ss.

448 Pichonnaz, La protection du consommateur (note 119), p. 324 s.; Idem, Le contrat dans le droit de la consommation (note 436), p. 45 ss, en part. p. 65 s.

449 Cf. *infra* p. 217 ss.

velles figures juridiques, mais, somme toute, le droit suisse s'est développé de manière autonome. L'impact du droit comparé sur la jurisprudence existe, comme l'ont montré certaines études[450]. Sa fonction est souvent soit subsidiaire, soit de contrôle, mais joue aussi un rôle important en cas de lacune[451].

Comme nous l'avons mentionné[452], en vue de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen (EEE), le Parlement suisse avait accompli un énorme travail de préparation pour la reprise de l'acquis communautaire en droit privé (paquet de lois *Eurolex*[453]). Avec le rejet de l'EEE, le Parlement a finalement adopté un *paquet Swisslex*[454], qui reprenait une partie des lois de transposition de l'acquis communautaire en droit suisse[455]. Cette reprise a généré une attention plus importante au droit européen, que ce soit dans l'adoption de lois suisses ou dans l'évolution jurisprudentielle.

La *reprise autonome* de directives européennes a soulevé la question de leur *interprétation*. Faut-il interpréter ces normes comme tout autre texte légal suisse, ou faut-il tenir compte du contexte particulier de leur adoption, en se référant à l'évolution de leur modèle (les directives) au niveau européen?

---

450 Franz Werro, La jurisprudence et le droit comparé, La réception des concepts juridiques étrangers, in: Institut suisse de droit comparé (édit.), Perméabilité des ordres juridiques: rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé = Osmose zwischen Rechtsordnungen: Berichte des Kolloquiums anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung = The responsiveness of legal systems to foreign influences: reports presented to a colloquium on the occasion of the tenth anniversary of the Swiss Institute of comparative law, Zurich 1992, p. 165 ss, en part. p. 166 s.; cf. ég. Ernst A. Kramer, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Ch. Meier-Schatz (édit.), Die Zukunft des Rechts, Beiheft 28 ZSR, Bâle 1999, p. 71 ss; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 3e éd., Berne/Munich/Vienne 2010, p. 287 ss; Walter Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, Berne/Baden-Baden 2006, p. 647 ss; Gerhard Walter, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, p. 91 ss; Hans Peter Walter, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, RDS 2007 I 259 ss. Pour le rôle du droit comparé sur la jurisprudence de la CJUE, cf. Samantha Besson/Marie-Louise Gächter-Alge, L'interprétation en droit européen, Quelques remarques introductives, in: S. Besson/N. Levrat/E. Clerc (édit.), Interprétation en droit européen/Interpretation in European Law, Bruxelles/Paris/Zurich 2011, p. 24 ss et les nombreuses références.

451 Werro, La jurisprudence et le droit comparé (note 450); Walter, Das rechtsvergleichende Element (note 450), p. 261.

452 Cf. *supra* p. 137.

453 Cf. Message I du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE) du 27 mai 1992, FF 1992 IV 1–442 et Message II du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506–732; ainsi que l'Arrêté fédéral sur l'Espace économique européen (EEE) du 9 octobre 1992, FF 1992 VI 53–54.

454 Cf. Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757–942.

455 Cf. pour le processus, notamment Marlies Koller-Tumler, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes (note 117), p. 43 s.; ég. Werro, CR-CC I, n. 94 ss ad art. 1 CC.

On doit certes admettre que chaque loi a une origine spécifique, une raison d'être, dont on tient le plus souvent compte dans une réflexion liée à l'argument historique de l'interprétation. Néanmoins, le but précis du paquet *Swisslex* de 1993 était d'assurer un même niveau de protection des «consommateurs» suisses par rapport à leurs homologues européens. Pour assurer ce but cardinal du législateur, il faut dès lors adopter une approche dynamique de l'interprétation de ces règles en tenant compte de l'évolution du droit européen en la matière. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut respecter à la fois la volonté du législateur de 1993 et tenir compte du but de ces dispositions.

C'est pourquoi le Tribunal fédéral a considéré *qu'il fallait tenir compte de la jurisprudence de la CJCE* (aujourd'hui CJUE) lors de l'interprétation des lois de transposition autonome[456]. Pour aboutir à ce résultat, il a toutefois avancé par étapes.

a) Une influence limitée du droit européen. S'il a évoqué la question pour la première fois dans un arrêt non publié de 1996[457], le Tribunal fédéral a posé les premiers jalons de son raisonnement dans arrêt de 1997[458]. Il a énoncé que le

456 Cf. sur cette question, notamment WOLFGANG WIEGAND, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: P. Forstmoser *et al.* (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Mél. R. Zäch, Zurich 1999, p. 171 ss; WOLFGANG WIEGAND/MARCEL BRÜLHART, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Berne/Zurich 1999; AMSTUTZ, Interpretatio multiplex (note 119), p. 68 ss; THOMAS PROBST, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: F. Werro/T. Probst (édit.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats, Berne 2004, p. 13 ss; THOMAS PROBST, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, p. 225 ss, en part. 229; BERND STAUDER, L'influence de la jurisprudence la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse, in: F. Werro/T. Probst (édit.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Berne 2004, p. 75 ss, en part. 77 ss; ERNST A. KRAMER, Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts, RDS 2005 I 421 ss, en part. p. 428 s.; EMMANUEL PIAGET, L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?, sic! 2006, p. 727 ss, en part. 731 s.; WALTER, Das rechtsvergleichende Element (note 450), p. 268 ss; PICHONNAZ, Le contrat dans le droit de la consommation (note 436), en part. p. 50 s.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3e éd., Berne/Munich/Vienne 2010, p. 292 ss; PETER JUNG, Das Argument der Europakompatibilität im schweizerischen Privatrecht, RDS 129 (2010) I p. 513 ss, en part. 537 ss; WERRO, CR CC I, n. 94 ss ad art. 1 CC; VINCENT MIGNON, Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire, Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse, th. Fribourg, Berne 2010, p. 301 ss; ANNE-CHRISTINE FORNAGE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, th. Fribourg, Berne/Bruxelles 2011, n. 796 ss.

457 Affaire S.R. contre l'hoirie G, citée par PROBST et repris par VINCENT MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 480.

458 ATF 123 III 189, JdT 1997 I 237.

droit communautaire[459] ne peut influencer l'interprétation du droit suisse que dans la mesure où son contenu ne s'en écarte pas.

Par la suite, la question a touché le droit public (en particulier la TVA). Le Tribunal fédéral a alors considéré que le droit communautaire était une «source utile pour l'interprétation du droit suisse»[460], mais que le législateur restait libre de s'écarter des solutions européennes lorsqu'il existe des raisons valables à l'appui de ce choix. Il a souligné ainsi que le législateur ne peut pas ignorer la solution européenne sans motifs. En 2000, le Tribunal fédéral a toutefois fait un pas de plus; il a en effet interprété le droit communautaire pour le comparer directement au résultat obtenu en droit suisse et vérifier ainsi sa compatibilité avec la solution européenne, puisque c'était là le but du législateur[461].

b) Une interprétation conforme au droit européen. C'est en 2003 (ATF 129 III 335) que le Tribunal fédéral a examiné la question de l'interprétation des lois de transposition avec plus de détails. L'affaire concernait le transfert d'entreprise et, partant, l'interprétation de l'art. 333 CO. Le Tribunal fédéral a d'abord longuement analysé la situation en droit suisse, puis a adopté une interprétation *contra verba legis sed secundum legis*[462]. Il a étayé ce choix avec un argument de conformité au droit européen.

Même si le choix des expressions utilisées dénote une certaine prudence, le raisonnement du Tribunal fédéral revient à retenir *une interprétation conforme au droit européen pour les lois issues de la transposition autonome de directives européennes*[463], quand bien même le droit de l'Union européenne ne produit aucun effet direct. Le Tribunal fédéral a ainsi posé *trois règles:*

1° En cas de doute, il faut interpréter la législation nationale qui reprend de manière autonome du droit communautaire *«conformément au droit européen».* On pourrait exprimer cela par l'expression *in dubio pro interpretatione europaea*[464]. Cette affirmation implique de déterminer d'abord si une norme suisse est le résultat d'une transposition autonome du droit de l'Union européenne[465]. Cela ne fait pas de doute pour le paquet *Swisslex,* qui a expressément été adopté dans le but d'une plus grande compatibilité avec le droit européen et dans les termes des directives européennes. Pour d'autres textes, comme la Loi sur les cartels (LCart), le lien étroit avec le droit européen de-

459 MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 482, souligne que le Tribunal fédéral a utilisé ce terme, et non celui de «loi communautaire», ce qui couvre aussi bien les directives que la jurisprudence.

460 ATF 125 II 180 consid. 7a, JdT 2000 I 815, 822.

461 MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 487.

462 MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 490.

463 ATF 129 III 335/350, JdT 2003 II 75/89.

464 Cf. ég. WERRO, CR CC I, n. 97 ad art. 1 CC.

465 Cf. cep. WERRO, CR CC I, n. 100 ad art. 1 CC, qui souhaite aller plus loin en considérant «qu'il paraît cependant illusoire et peu convaincant de vouloir limiter l'impact de la jurisprudence de la CJUE à l'interprétation du droit repris».

vrait là aussi soutenir une telle interprétation, du moins pour un certain nombre de dispositions[466].

Ensuite, il s'agit de déterminer s'il y a un doute sur l'interprétation de ces règles. A notre avis, le pluralisme méthodologique pragmatique du Tribunal fédéral[467] conduit à retenir que l'interprétation d'un texte s'impose *à chaque fois,* même s'il peut paraître clair au premier abord. L'expression «doute» renvoie dès lors à la situation dans laquelle il y a *plusieurs solutions possibles.* Si tous les arguments renvoient à la même solution, identique au droit de l'Union européenne, il n'y a alors pas de «doute» à proprement parler. Dans les autres hypothèses, à savoir lorsqu'il y a plusieurs interprétations possibles, il y a doute et, partant, il faut retenir la solution conforme au droit européen[468].

2° *Une compatibilité dynamique avec le droit européen.* Comme le législateur de 1993 visait une eurocompatibilité, on ne pouvait pas se limiter à une eurocompatibilité d'un seul instant, celle du Code lors de l'adoption. Par définition, il fallait garantir que *le droit* soit eurocompatible et qu'il suive dès lors l'évolution en Europe. Partant, l'interprétation conforme au droit communautaire doit être comprise comme un objectif dynamique, favorisée par la méthode *actuelle objective.* Le Tribunal fédéral a ainsi affirmé ce qui suit: «Le rapprochement dans l'application du droit ne doit pas uniquement s'orienter sur la base du droit européen en vigueur au moment où le législateur a adapté le droit interne. Il faut bien plus tenir compte de l'évolution de l'ordre juridique avec lequel une harmonisation est souhaitée.». Cette compatibilité dynamique cesse toutefois si le législateur actuel n'entend plus garantir l'eurocompatibilité. Il faut néanmoins pour cela une volonté clairement exprimée; le rejet d'autres projets d'eurocompatibilité ne saurait suffire à établir cette intention, puisque ces autres projets peuvent échouer pour toutes sortes de raisons.

3° *Les limites de la méthodologie nationale interne.* Pour le Tribunal fédéral, le devoir d'interprétation conforme au droit européen s'interrompt si la méthodologie nationale interne ne le permet pas. Quelles sont ces limites? Thomas Probst a évoqué l'ordre public ou la violation de valeurs importantes du droit suisse[469]. Il paraît toutefois difficile d'envisager une telle situation, dès lors que nous parlons ici de règles liées au droit des contrats, de surcroît adoptées

---

466 AMSTUTZ, BSK OR I, n. 147 ad Einleitung art. 184 ss CO; TERCIER, CR LCart, n. 296 ss ad Introduction générale.

467 Sur la notion: PICHONNAZ/VOGENAUER, Le «pluralisme pragmatique», PJA 1999, pp. 417–426.

468 Cf. ég. l'avis pertinent de WERRO, CR CC I, n. 98 ad art. 1 CC, qui indique que «le doute n'est jamais exclu d'une interprétation devant une cour du Tribunal fédéral».

469 THOMAS PROBST, Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: l'exemple de l'art. 333 CO, RJN 2001, p. 100 ss, en part. p. 105 ss; sur l'ensemble ég. MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 492 ss.

par vingt-sept pays du continent européen, qui défendent largement les mêmes valeurs. En outre, le *pluralisme méthodologique pragmatique* du Tribunal fédéral lui permet d'avoir suffisamment de souplesse pour tenir compte des spécificités suisses, si cela s'avère nécessaire. Ainsi, dans un arrêt relatif au droit d'auteur, le Tribunal fédéral affirme que même si le législateur a cherché une harmonisation de la Loi sur le droit d'auteur (LDA) avec la Directive européenne en la matière, non encore en vigueur, il n'est pas possible d'introduire une exception à une règle (en l'espèce l'art. 22 LDA) par le biais d'une interprétation conforme au droit européen («europaverträgliche Interpretation»)[470].

Ainsi, le juge suisse ne peut reprendre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) *sans procéder à un véritable processus d'interprétation.* Il doit en particulier apprécier la question de savoir si les dispositions suisses considérées sont de véritables transpositions autonomes du droit européen («lois européennes») ou si les directives européennes ont uniquement été une «source d'inspiration». En effet, la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE sera alors différente[471]. Et même en cas de large reprise du droit européen, le juge doit encore appliquer les principes du pluralisme méthodologique pragmatique qui peuvent justifier une solution divergente.

Cet impact différent du droit européen sur le droit suisse explique aussi les variations dans la jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral. Les arrêts traitant de l'art. 333 CO[472] ou du contrat de voyage à forfait (LVF)[473] ont confirmé la jurisprudence de l'ATF 129 III 335 prônant une prise en compte du droit communautaire. En outre, dans un arrêt de 2005, portant aussi sur l'art. 333 CO, le Tribunal fédéral a évoqué le droit communautaire, sans toutefois que celui-ci ne soit déterminant en l'espèce[474]. Ces arrêts avaient trait à des dispositions issues de transpositions autonomes.

---

470 ATF 133 III 568/576 consid. 4.6, JdT 2008 I 376: «Selbst wenn bei Schaffung des URG die Harmonisierung mit dem Europäischen Recht – und insbesondere mit der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen Richtlinie – ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein sollte (vgl. das Votum der Berichterstatterin im Ständerat, der Vorschlag des Nationalrats, auf die Einführung einer gesetzlichen Lizenz zu verzichten, sei ‹überdies eurokompatibel› [AB 1992, S. 381]), *kann nicht über eine europaverträgliche Interpretation von Art. 22 Abs. 1 URG eine Ausnahme eingeführt werden, die das Gesetz nicht vorsieht»;* cf. cep. MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 513, qui regrette que le Tribunal fédéral n'ait pas explicité cette notion d'«interprétation eurocompatible»; il nous semble toutefois qu'elle découle de la jurisprudence précédente et du contexte.

471 WERRO, CR CC I, n. 100 ad art. 1 CC.

472 ATF 132 III 32/37 consid. 4.1 et consid. 4.2.2.1; ég. ATF 136 III 552 consid. 3.3, SJ 2011 I 34/37 consid. 3.3, qui cite l'ATF 132, sans reprendre toutefois la formule de l'interprétation conforme au droit européen.

473 ATF 130 III 182/190, JdT 2005 I 3; cf. ég. ATF 137 III 27 consid. 3.2.

474 TF, 04.04.05, 4P.299/2004; ég. ATF 136 III 552 consid. 3.3, SJ 2011 I 34/37 consid. 3.3.

En revanche, dans un arrêt de 2007[475], le Tribunal fédéral évoque le modèle communautaire *au titre d'argument de droit comparé,* en relevant que de manière générale le droit étranger peut être utilisé à ce titre, en particulier lorsque le législateur «s'en est servi comme modèle» ou «lorsque le législateur a consciemment recherché une harmonisation avec lui»[476]. Cette affirmation générale n'est d'ailleurs pas faite à propos d'une loi de transposition autonome, mais de la question de savoir si le droit néerlandais doit être pris en compte pour interpréter une règle du droit suisse qu'il a peut-être inspirée. Le Tribunal fédéral n'entend pas affaiblir la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE dans le cas des lois de transposition autonome, mais procède à une différenciation un peu plus subtile[477].

c) L'impact de l'interprétation conforme au droit européen a été évident en matière de transfert d'entreprises (CO 333) et en lien avec le dommage dû à des vacances gâchées (LVF 16 II). Dans ce dernier cas, la Cour de Justice de Genève a jugé que de graves manquements de l'organisateur de voyage justifiaient l'indemnisation des voyageurs pour cause de vacances gâchées[478]. S'appuyant sur la jurisprudence communautaire, en particulier sur l'arrêt *Leitner*[479], la Cour de Justice a octroyé un tort moral pour compenser le dommage immatériel lié au sentiment de n'avoir pas pu profiter de ses vacances[480]. En effet, dès lors que la CJUE a imposé aux Etats-membres d'interpréter l'expression «les dommages autres que corporels résultant de l'inexécution» mentionnée à l'art. 5 ch. 2 4e para. Dir. 90/314/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait[481] comme donnant «un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait»[482], la reprise textuelle de cette disposition à l'art. 16 al. 2 LVF imposait de tenir compte de cette jurisprudence, conformément à ce qui a été mentionné précédemment[483].

---

475 ATF 133 III 180, SJ 2007 I 387*.

476 MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 512.

477 Cf. la critique de MIGNON, Le droit privé suisse (note 456), p. 512, qui invoque un manque de lisibilité.

478 Arrêt de la CJ GE du 14 novembre 2003 (ACJC/1198/2003).

479 Arrêt CJCE du 12 mars 2002, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG,* Aff. C-168/00, Rec. 2002 p. I-02631.

480 Arrêt de la CJ GE du 14 novembre 2003 (ACJC/1198/2003), cité par F. CHAIX, La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF, RSJ 101 (2005), p. 416 ss, en part. 417 s.

481 JO L 158 du 23 juin 1990, p. 59 ss; ég. in: AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO (édit.), Droit privé européen, Directives choisies (note 178), p. 6 ss.

482 Arrêt *Leitner,* para. 24.

483 Dans ce sens ég. FRANZ WERRO, Contrat de voyage à forfait et … vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?, in: Gauchs Welt (note 271), p. 695 ss, en part. p. 706; ég. BERND STAUDER, Pauschalreiserecht, in: E. Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR X, Bâle 2008, p. 359 s.; STAUDER, CR CO I, n. 8 ad art. 14 LVF; WOLFGANG WIE-

L'impact de la jurisprudence ou du droit européen sur le droit suisse ne se limite toutefois pas à l'interprétation du droit transposé de manière autonome; il peut y avoir un *«effet de contamination»*. On peut par exemple l'envisager en lien avec la définition du dommage réparable. La jurisprudence de la CJUE pourrait produire *un effet allant au-delà du contrat de voyage à forfait* et de l'interprétation de l'art. 16 al. 2 LVF. Il semble en effet difficile d'octroyer une indemnité pour tort moral à des conditions plus larges que celles de l'art. 49 CO à un bénéficiaire d'un voyage à forfait et de la refuser à une personne ayant entrepris exactement le même voyage, mais sans avoir eu recours à un voyage à forfait au sens de la LVF[484].

Force est dès lors de constater que l'impact du droit européen sur le droit suisse est plus important qu'il n'y paraît. Il porte non seulement sur la manière de rédiger les lois, souvent composées d'articles plus longs et plus fournis que ne le veut la longue tradition suisse, mais aussi par une interprétation d'institutions de droit suisse de plus en plus influencée par la jurisprudence européenne, bien sûr d'abord pour les lois de transposition autonome, mais ensuite aussi par contamination pour d'autres notions ou textes. On ne peut ainsi plus «penser le droit suisse des obligations» sans tenir compte d'aspects importants de droit européen, déjà transposés ou en devenir. La méthodologie actuelle du Tribunal fédéral d'un pluralisme méthodologique pragmatique permet une telle intégration dynamique de concepts étrangers, en testant les solutions obtenues à l'aune de leur cohérence avec le droit étranger[485].

C. Les défis pour l'avenir

Sommes-nous en route pour le bicentenaire du Code des obligations? Il n'est évidemment pas possible de donner une réponse simple à cette question, car celle-ci dépend de divers facteurs. Ceux-ci tiennent d'abord à la méthodologie utilisée et, partant, au rôle que l'on octroie à la loi, en l'espèce au Code des obligations, dans ce processus de création du droit au quotidien (I.). Ensuite, l'éclatement actuel du droit privé des contrats, dû en partie à l'impact du droit de la consommation et du droit européen sur le droit privé suisse, impose de se demander ce qu'il faut attendre d'un code des obligations au XXIe siècle (II.). Nous devrons alors constater que l'enjeu est de taille; le Code des obligations doit évoluer, mais cette évolution doit lui donner la flexibilité nécessaire pour supporter les changements de méthodologie, les influences des droits fonda-

---

GAND, Zwei Urteile des EuGH zu Pauschalreisen und ihre Bedeutung für die Schweiz, Jusletter 17 juin 2002, n. 9.

484 WERRO, Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! (note 454), p. 707 s.

485 Sur cette idée, cf. notamment WALTER, Das rechtsvergleichende Element (note 450), RDS 2007 I 259 ss.

mentaux, du droit européen, tout en assurant au citoyen un minimum de prévisibilité. On serait donc tenté de dire: «Le Code est mort, vive le Code» (III.).

I. L'impact dû au changement de méthodologie

En droit suisse, la conception de l'interprétation de la loi a évolué non seulement dans la doctrine, mais également en jurisprudence. Cette évolution a fait perdre à la loi une centralité quasi absolue qu'elle avait acquise au cours des décennies. Le recours au «pluralisme méthodologique pragmatique» par le Tribunal fédéral s'est ainsi rapproché d'une conception de l'interprétation peut-être même plus proche de celle de Eugen Huber que ce que l'on pense parfois. Il n'en reste pas moins que cette évolution a un impact sur le Code des obligations et son rôle dans le futur (1.). Le droit est aujourd'hui perçu comme étant un élément culturel; cette approche plus sociologique du droit suppose une compréhension plus flexible de la loi (2.). A cet égard, le rôle croissant de la langue anglaise ne doit pas être sous-estimé dans ses conséquences «culturelles». Enfin, comme l'exige l'art. 7 CC, les principes contenus dans le Code des obligations et dans le Code civil doivent les transcender. L'éclatement du droit privé impose de tenir compte davantage de ces principes, résultat du phénomène de décodification (3.).

1. L'évolution de la méthodologie: le pluralisme méthodologique pragmatique

L'art. 1er du Code civil a été conçu dès l'origine par Eugen Huber comme devant permettre au juge d'aller au-delà des termes *(verba)* pour tenir compte du sens et du but de la loi *(vis ac potestas)*[486]. Reprenant les théories de François Gény[487], Huber voulait éviter une interprétation purement exégétique, parce qu'il avait conscience que le Code devait être ouvert[488]. Ainsi, dès 1912, le Code des obligations devait être interprété de manière relativement «ouverte». Dans la moitié des années soixante toutefois, sous l'impact de la méthodologie présentée par Meier-Hayoz, notamment dans son commentaire (bernois) de

486 D. 1,3,17 (Cels.): «Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem» («Connaître la loi ne signifie pas s'en tenir à la seule lettre, mais bien plus [tenir compte] de son sens et de son but»).

487 Sur les contacts entre François Gény et Eugen Huber, cf. notamment Oscar Gauye, Lettre inédites d'Eugen Huber, RDS 81 (1962) I 91 ss; ainsi que Oscar Gauye, François Gény est-il le père de l'art. 1 al. 2 CCS, RDS 92(1973) I 271 ss; cf. ég. François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, 2 vol., 2e éd., Paris 1919; Werro, CR-CC I, n. 4 ad art. 1 CC

488 Amstutz, Der Text des Gesetzes (note 198), en part. p. 248 ss, p. 253; Werro, CR-CC I, n. 2 ad art. 1 CC; Dominique Manaï, Eugen Huber, jurisconsulte charismatique, Genève 1990, p. 148 ss.

l'art. 1er du Code civil[489], une dogmatique plus proche du texte de la loi s'est développée[490], avec une théorie des lacunes très affinée[491].

Ainsi, pendant plusieurs décennies, le Tribunal fédéral a utilisé régulièrement la formule suivante, ou une formule analogue: *«La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause.»*[492]. Le Tribunal fédéral rejetait ainsi une théorie de l'interprétation purement exégétique. Toutefois, la doctrine du «sens clair» *(Eindeutigkeitsregel)* entendait donner à la lettre de la loi une importance décisive, reprenant par là même une tradition historique en vogue depuis la fin du XVIIIe siècle[493], qui avait connu son paroxysme avec l'Ecole de l'exégèse en France (1830–1880)[494] ou la *Begriffsjurisprudenz* du milieu du XIXe siècle en Allemagne sous l'égide de *Puchta*[495]. Le brocard *«interpretatio cessat in claris»*[496], fondé notamment sur un texte du juriste romain Paul[497], s'était d'ailleurs retrouvé codifié dans certains ordres juridiques[498].

---

489 Meier-Hayoz, BKomm., Berne 1966, n. 140 ss et 179 ss ad art. 1 CC.

490 Walter, Das rechtsvergleichende Element (note 450); Amstutz, Der Text des Gesetzes (note 198), RDS 2007 II 253; Werro, CR CC I, n. 6 ss ad art. 1 CC.

491 Cf. notamment Henri Deschenaux, Le Titre préliminaire du code civil, TDP II/1, Fribourg 1969, p. 89 ss; ég. Steinauer, Le Titre préliminaire du code civil (note 59), p. 125 ss; Meier-Hayoz, BKomm., n. 288 ss ad art. 1 CC; sur cette question, cf. ég. Sibylle Hofer, Das schweizerische Zivilgesetzbuch und das Problem der Gesetzeslücken, ZNR 32 (2010), p. 189 ss.

492 ATF 132 III 226 consid. 3.3.5; cf. toutefois encore aujourd'hui ATF 135 III 640 consid. 2.3.1, JdT 2010 I 95*; ATF 135 IV 113 consid. 2.4.2; ATF 135 V 1 consid. 7.2; sur cette question, cf. parmi d'autres Kramer, Methodenlehre (note 450), p. 57 et 78 ss, en particulier p. 83; Werro, CR CC I, n. 1 et 65 ss ad art. 1 CC.

493 Pour une analyse approfondie notamment Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, vol. I, Tübingen 2001, p. 465 ss.

494 Cf. à cet égard, Vogenauer, Die Auslegung (note 493), p. 476 ss; Julien Bonnecase, L'école de l'exégèse en droit civil, 2e éd., Paris 1924, p. 26 ss; ég. nos remarques, *in:* Pichonnaz, La compensation (note 82), n. 1718 ss.

495 Pour tous les autres, cf. Kramer, Methodenlehre (note 450), p. 155 s.; Karl Larenz/Claude-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3e éd., Berlin *et al.* 1995, p. 49 et surtout Eugen Bucher, Was ist Begriffsjurisprudenz?, RJB 102 (1966), p. 274 ss (réimprimé in Werner Krawietz [édit.], «Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz», Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 1976, p. 358 ss).

496 Sur celui-ci cf. notamment Clausdieter Schott, «Interpretatio cessat in claris» – Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik, in: J. Schröder (édit.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Stuttgart 2001, p. 155 ss; Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter, 6e éd., Munich 1998, C 116.

497 D. 32,25,1 (Paul): «Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntati quaestio» (Lorsque il n'y a aucune ambigüité dans les termes, on ne doit pas admettre la question de la volonté).

498 Cf. notamment l'art. 27 al. 1 Codigo Civil de Colombia; art. 9 Louisiana Civil Code; cf. à cet égard, notamment Kramer, Methodenlehre (note 450), p. 82 note 163 et les réf.

Depuis une vingtaine d'années, les méthodes d'interprétation ont évolué, sous l'impact d'idées héritées du *common law,* mais aussi grâce aux progrès de l'herméneutique[499]. Pour justifier sa décision, le juge ne peut plus simplement affirmer que le texte légal est clair et, partant, qu'il n'impose pas d'interprétation spécifique. En effet, comme le souligne judicieusement Hans Peter Walter, «la forme de la norme à interpréter est évidemment la langue, et la langue présente un risque qui se concrétise en des mécompréhensions»[500].

En outre, on doit accepter aujourd'hui que *le texte n'a pas de portée préétablie pour un cas concret;* il exprime un programme général et abstrait qui doit encore être concrétisé[501]. Ce processus de concrétisation suppose dès lors de *donner du sens* à la norme abstraite pour le cas particulier; il faut ainsi réduire la distance entre l'abstrait et le concret du cas d'espèce, ce qui suppose toujours un processus d'interprétation.

Forts de ce constat et de cette évolution des conceptions, influencées par la doctrine[502], les juges fédéraux retiennent en principe *qu'il n'y a plus de texte clair*[503], mais uniquement des solutions herméneutiques qui découlent d'une interprétation *multiplex,* fondée sur des arguments textuels, systématiques, téléologiques, parfois comparatifs[504] et aussi historiques. Il est vrai que quelques arrêts (le plus souvent en langue française) continuent à se référer directement ou indirectement à la règle du cas clair[505], mais il semble qu'il s'agisse plus d'une question de formulation que de volonté de s'en tenir à cette règle.

---

499 Notamment Marc Amstutz, Ouroboros, Nachbemerkungen zum pragmatischen Methodenpluralismus, in: P. Gauch/F. Werro/P. Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich 2008, p. 19 ss; Amstutz, Der Text des Gesetzes (note 198), RDS 2007 II 248 ss; Marc Amstutz/Marcel A. Niggli, Recht und Wittgenstein: Wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Gauchs Welt (note 271), p. 3–21; Kramer, Methodenlehre (note 450), p. 301 ss; Marcel A. Niggli/Marc Amstutz, Der Richter als Gesetzgeber: eine sprachphilosophische Betrachtung, in: M. Heer (édit.), Der Richter und sein Bild, Berne 2008, p. 193 ss; Werro, CR-CC I, n. 10 ss ad art. 1 CC.

500 Hans Peter Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009, veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, RJB 147 (2011), p. 222 ss, en part. 223: «Die Form der auszulegenden Norm ist gemeinhin die Sprache, und die Sprache ist Risiko, welches sich im Missverständnis verwirklicht».

501 Dans le même sens, Werro, CR-CC I, n. 22 ad art. 1 CC; Pierre Moor, Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 242 ss (sur les dimensions de la lecture).

502 Cf. ég. récemment Moor, Dynamique du système juridique (note 501), p. 253: «Un texte *prend* un sens clair lorsque le juge le considère comme tel: c'est une décision qu'il prend de ne pas faire d'autre effort de lecture, décision qui relève *déjà* de l'interprétation».

503 Depuis l'ATF 127 III 444, JdT 2002 I 213; cf. ég. les explications par Werro, CR-CC I, n. 60 ad art. 1 CC.

504 Pour l'expression et le recours à un argument de droit comparé, cf. déjà supra p. 198 note 450; pour le droit privé européen, cf. *supra* p. 199 ss et note 456.

505 Cf. notamment les arrêts relevés par Walter, RJB 147 (2011) (note 500), p. 226: ATF 135 III 640 consid. 2.3.1, JdT 2010 I 95*; ATF 135 IV 113 consid. 2.4.2; ATF 135 V 1 consid. 7.2; et Kramer, Methodenlehre (note 450), p. 82 note 163.

En reconnaissant que tout texte doit être interprété, le Tribunal fédéral devait se reposer la question de la *hiérarchie des éléments d'interprétation*. Dans la ligne des réflexions qui avaient amené à renoncer à la règle du cas clair, il a alors expressément renoncé à une prééminence *a priori* d'un élément d'interprétation sur les autres[506]; les juges considèrent qu'ils doivent adopter une *approche «pragmatique»* dans la prise en compte des résultats parfois différents de ces méthodes d'interprétation[507]. C'est ainsi que le Tribunal fédéral cristallise sa méthode par la formule: *«pluralisme pragmatique»*[508] ou en allemand *«pragmatischer Methodenpluralismus»*[509]. Voici la formule usuelle du Tribunal fédéral dans une bonne traduction au Journal des Tribunaux: *«L'interprétation de la loi doit procéder de l'idée que ce n'est pas seulement le texte d'une disposition qui fait la règle, mais seulement la loi comprise et concrétisé dans des cas particuliers. Il faut une décision matériellement correcte par rapport au système normatif, dans l'optique d'un résultat satisfaisant sous l'angle de l'analyse de la ratio legis. Pour ce faire, le Tribunal fédéral adopte un pluralisme de méthodes pragmatique et refuse de soumettre les arguments d'interprétation à une hiérarchie ou à un ordre de priorité. Les travaux préparatoires peuvent également être consultés lorsqu'ils répondent clairement à la question litigieuse et aident ainsi le juge à trouver la solution»*[510].

---

506 Cf. récemment KRAMER, Methodenlehre (note 450), p. 121 ss; WALTER, RJB 147 (2011) (note 500), p. 225, avec les indications d'arrêts récents; STEINAUER, Le Titre préliminaire du code civil (note 59), p. 109 s.

507 Cf. récemment ATF 136 V 195 consid. 7.1.: «Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 128 I 34 E. 3b S. 40). Es können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Gericht damit weiterhelfen (BGE 134 V 170 E. 4.1 S. 174)»; et en français: «D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un *pluralisme pragmatique* (cf. ATF 135 I 198 consid. 2.1 p. 201; ATF 135 II 78 consid. 2.2. p. 81; ATF 135 V 237 consid. 4.1 p. 251, 416 consid. 2.2 p. 418; ATF 135 III 20 consid. 4.4 p. 23, ATF 135 V 112 consid. 3.3.2 p. 116, 483 consid. 5.1 p. 486; ATF 135 V 153 consid. 4.1 p. 157 s.; ATF 135 V 249 consid. 4.1 p. 252)»; pour la première fois sous cette expression ATF 121 III 219 consid. 1/d/aa; cf. ég. ATF 133 III 175 consid. 3.1, JdT 2008 I 314; ATF 132 III 707 consid. 2, JdT 2007 I 61; ATF 131 III 33 consid. 2, JdT 2005 I 255.

508 WERRO, CR-CC I, n. 71 ss ad art. 1 CC, qui parle plutôt de «pluralité pragmatique de méthodes».

509 ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284; ATF 136 III 23 consid. 6.6.2.1 p. 37; ATF 136 II 187 consid. 7.3 p. 194.

510 JdT 2005 I 255, traduction de ATF 131 III 33 consid. 2.

Finalement, l'interprétation n'est rien d'autre que de déterminer et de mettre en œuvre pour le cas concret le contenu de la norme considérée[511]. Ainsi, ce processus pragmatique de détermination du droit repose sur *une bonne communication de l'argumentation* supportant la solution retenue, plutôt qu'en une fiction de raisonnement simplement déductif du juge «déduisant» le droit de la règle appliquée dans le cas concret[512]. L'argumentation doit être communiquée de manière compréhensible aux acteurs juridiques, ce qui suppose que le tribunal fasse référence à des critères «typisés». Il n'en reste pas moins que ce sont les juges qui ont la compétence et la responsabilité de l'interprétation et, partant, celle de dire le droit *(«Recht»-«sprechen»)*[513].

Cet éclatement de la méthode traditionnelle, qui mettait au centre l'argument littéral, a aussi ouvert le champ des possibilités. Aujourd'hui, les juges suisses peuvent, et parfois doivent, chercher des arguments pour leur solution dans l'histoire antérieure à la codification de droit privé. En plus du recours à des arguments de droit comparé[514], les tribunaux font donc aujourd'hui appel aussi à des arguments historiques ou de droit romain au sens large[515]. Dans les arrêts publiés au Recueil officiel, on peut notamment mentionner l'ATF 128 III 370, relatif à l'interprétation de l'art. 185 CO[516], ou l'ATF 133 III 257 *(Papagaienfall)*[517], relatif à la portée de l'art. 208 al. 2 et 3 CO.

---

511 WALTER, RJB 147 (2011) (note 500), p. 222: «Ziel der Auslegung ist die sachgerechte Ermittlung und Umsetzung des für die rechtliche Erfassung eines zu beurteilenden Sachverhalts massgebenden Norminhalts».

512 Cf. sur le type de raisonnement du juge et une logique discursive, ég. HENRI TORRIONE, Le poids des arguments, Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique, in: Gauchs Welt (note 271), p. 275 ss.

513 Dans le même sens, notamment WERRO, CR-CC I, n. 42 ss ad art. 1 CC.

514 Pour une présentation de l'impact du droit comparé dans la jurisprudence fédérale, cf. *supra* p. 198, note 450.

515 Cf. pour un appel vibrant en ce sens, déjà EUGEN BUCHER, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, p. 394 ss.

516 ATF 128 III 370, JdT 2003 I 27*, SJ 2002 I 613 (relatif à l'art. 185 CO); cf. pour une analyse de l'arrêt, cf. PICHONNAZ, Periculum emptoris (note 42) p. 183–201; déjà GUIDO PFEIFFER, «Periculum est emptoris» – Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien. Entscheidung 4C.336/2000 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12.3.2002 mit Anmerkung, ZEuP 2003 p. 888–898.

517 ATF 133 III 257, SJ 2007 I 461 (interprétation de l'art. 208 al. 2/3 CO); pour des commentaires de l'arrêt, cf. notamment FRANZ WERRO, La vente dans la jurisprudence récente, in P. Pichonnaz/F. Werro (édit.), La pratique contractuelle: (note 157), p. 5 ss; HEINRICH HONSELL, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, p. 154 ss; ROLAND KELLER, Abgrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR (Bundesgericht 4C. 180/2005), PJA 2007, p. 780 ss; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung: Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungsrecht: Anmerkungen zu BGE 133 III 257, BGE 133 III 335 und zur Risikoverantwortlichkeit, RJB 143 (2007), p. 763 ss, p. 769; THOMAS COENDET, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, p. 15; PIERRE TERCIER, Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations, RSJ 104 (2008), p. 294 ss, p. 295; CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, Jusletter 13 octobre 2008; ALFRED KOLLER, Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von

Cette plus grande souplesse permet véritablement au juge de *dire le droit (Rechtsprechen)* dans le cas concret en tenant compte de l'évolution des aspects sociologiques. En ce sens, le travail du juge est dynamique, dès lors qu'il doit adapter la norme générale et abstraite issue d'un législateur d'une période sociale déterminée en une norme concrète dans un contexte socio-culturel parfois différent. On ne peut qu'approuver Hans-Peter Walter lorsqu'il affirme que «Interpréter, c'est surmonter les distances, non seulement quant à l'objet, entre des faits et une norme, mais aussi quant au temps, entre la naissance et l'application d'une règle de droit»[518].

2. *Le droit comme culture et le rôle croissant de la langue anglaise*

Ainsi, le droit est marqué par le contexte socio-culturel dans lequel il évolue. Les comparatistes le soulignent de plus en plus. La théorie des «*formants* juridiques» de Rodolfo Sacco[519], fondée sur la sociologie du droit, entend tenir compte non seulement des sources formelles, mais impose également d'apprécier l'impact des règles de droit. Il ne suffit pas d'envisager les textes de lois, la jurisprudence et la doctrine; il faut bien plus tenir compte de la manière dont les acteurs juridiques perçoivent ses divers aspects et la manière dont ils ont été formés. Le contexte socio-politique, le rôle plus ou moins important de conceptions religieuses de la société ou la préconception philosophique de ce qu'est le droit ou de sa structure jouent un rôle essentiel dans son développement[520].

Le texte du Code des obligations de 1911 n'a que peu changé dans la partie générale et finalement que très peu dans les contrats spéciaux importants. Pourtant, sa portée s'est profondément modifiée à travers la doctrine et la jurisprudence. *L'aspect sociologique* du Code ne doit pas être sous-estimé, même en droit des contrats.

Par exemple, l'évolution des conceptions liées *au droit de la consommation* a eu un impact direct sur des jurisprudences centrales. Le Tribunal fédéral a ainsi décidé de permettre à la personne (même morale) victime d'une lésion au sens de l'art. 21 CO d'obtenir la réduction de la prestation excessive, cela en l'absence de toute indication dans le texte de l'art. 21 CO[521]. Pour apprécier le

---

Verträgen, St-Gall 2008, p. 9 ss; MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, RSJ 105 (2009), p. 129 ss; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007: veröffentlicht in Band 132 und 133: Obligationenrecht, RJB 146 (2010), p. 554 ss, p. 600.

518 WALTER, RJB 147 (2011) (note 500), p. 224: «Auslegung ist Überwindung von Distanzen, nicht nur gegenständlich zwischen Fakten und Normen, sondern auch zeitlich zwischen der Geburt und der Anwendung einer Rechtsregel»; WERRO, CR-CC I, n. 74 ad art. 1 CC, approuve lui aussi la position méthodologique de Hans Peter Walter.

519 Notamment RODOLFO SACCO, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, 39 (1991) Am. J. Comp. L., p. 1 ss; RODOLFO SACCO, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2001, p. 59 ss.

520 UGO MATTEI, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 (1997) Am. J. Comp., p. 5 ss, en part. p. 12 s., p. 35 ss.

caractère excessif ou non d'une peine conventionnelle, le Tribunal fédéral fait appel à une analyse au cas par cas, mais s'est finalement largement inspiré de ce que fixait l'art. 227h CO en matière de vente à tempérament, retenant finalement qu'une peine conventionnelle de 10% du prix de vente était encore admissible[522]. On pourrait évidemment multiplier les exemples.

De même, *la reprise indirecte du droit étranger* joue un rôle de révélateur des conceptions juridiques. Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une fondation de famille de droit liechtensteinois n'était pas contraire à l'ordre public suisse (LDIP 17) et a donc accepté de la reconnaître en droit suisse[523], alors même que le législateur a très largement exclu les fondations de famille dans le Code civil de 1907, comme le révèle l'art. 335 CC[524]. Ou encore, la ratification de la Convention de La Haye relative à la reconnaissance et au droit applicable aux trusts[525] a modifié largement le droit suisse en ce domaine, que ce soit par des règles de poursuites (LP 284a et 284b) ou par l'impact de ces règles sur la structure et l'organisation de patrimoines par les études suisses ou étrangères[526]. Pourtant, dans le régime de la fiducie, on a longtemps hésité sur la manière de traiter le patrimoine du fiduciaire, en particulier en cas de faillite[527].

Le phénomène dit de *«l'américanisation du droit»*[528] et surtout l'augmentation des grandes études d'avocats à Genève et à Zurich a eu pour effet une généralisation de certains modèles de contrats typiques, tels le *Share Purchase*

---

521 ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586, cf. *supra* note 396.

522 ATF 133 III 43, JdT 2007 I 226, SJ 2007 I 276*; ATF 133 III 221, JdT 2008 I 12, SJ 2007 I 320*.

523 TF, 17.11.2009, 4A_339/2009.

524 Cf. ég. PIOTET, CR-CC I, n. 7 ss ad art. 335 CC.

525 Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, ratifiée par l'Assemblée fédérale en date du 20 décembre 2006 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 2007, RO 2007 2849.

526 Pour une analyse des conséquences successorales notamment, cf. JULIEN PERRIN, Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg: étude de droit comparé et de droit international privé, th. Genève 2006.

527 Cf. LUC THÉVENOZ, La fiducie Cendrillon du droit, RDS 1995 II 255 ss; ég. LUC THÉVENOZ/JEAN-PHILIPPE DUNAND, La fiducie: droit des biens ou droits des obligations? In: Rapports suisses présentés au XVe Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, pp. 479 ss; DUNAND, Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre», «Mancipio dare ut remancipetur»: analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, th. Genève 1999.

528 Cf. notamment HEINRICH HONSELL, Amerikanische Rechtskultur, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Zurich 1999, p. 39 ss; WOLFGANG WIEGAND, Die Rezeption Amerikanischen Rechts, in: G. Jenny/W. Kälin (édit.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Berne 1988, p. 229 ss; JENS DROLSHAMMER, «Amerika gibt es nicht»: Tendenzen einer Amerikanisierung der Rechtsordnung, Rechtsberufe und Rechtsausbildungen in der Schweiz: eine Agenda für eine Umgangsstrategie, in: Recht und Internationalisierung, Zurich 2000, p. 187 ss.

Agreement ou contrat de vente de manteau d'actions *(Unternehmenskauf)*[529]. Ces contrats sont (pratiquement) tous rédigés en anglais sous une forme quasi-standardisée, non pas seulement en Suisse, mais également à l'étranger. Les «Reps and Warranties» font aujourd'hui partie du langage courant des juristes suisses, alors même que le terme «representation» ou le terme «warranties» peuvent donner lieu à des interprétations juridiques parfois différentes selon leur contexte. Ce n'est ainsi pas tant le fait que ces contrats soient en anglais qui est délicat, mais le fait qu'ils reprennent largement des structures anglo-saxonnes avec en arrière-plan une structure juridique anglo-saxonne. C'est typique pour la notion de «representation», centrale en droit anglais, pour déterminer les limites des engagements des parties et la possibilité de mettre un terme au contrat[530]. Lorsque le contrat est soumis au droit suisse, le juge doit interpréter ces notions à la lumière du droit suisse. Une *misrepresentation* doit-elle alors être comprise comme un dol par négligence? Comme une garantie indépendante dont la violation est soumise à l'art. 97 CO? Ou encore comme étant à l'origine d'une erreur? La plupart du temps évidemment les contrats le précisent; toutefois, imperceptiblement, les notions du droit suisse sont influencées par ces conceptions.

Ainsi, *le rôle croissant de l'anglais,* mais surtout des contrats à structure originelle anglo-saxonne, produit un impact important sur la compréhension juridique des praticiens suisses. En effet, ces derniers modifient et adaptent ces contrats de base aux réalités suisses, introduisant par là même des concepts nouveaux dans le droit suisse. Le résultat n'est pas criticable, tout au contraire, c'est l'expression de l'évolution du droit suisse, comme droit de plus en plus transnational, ce que n'avait pas vraiment envisagé le législateur de 1911. L'évolution du droit des obligations hors du Code des obligations pose dès lors la question du rôle du Code, ou du moins du rôle du Code dans le domaine des contrats commerciaux, p. ex. des SPA *(Share purchase agreements).*

Cela nous amène à nous demander s'il ne faut pas ramener le Code à ce qu'il devrait être: un *recueil de principes directeurs,* du moins pour les domaines qui ne sont pas purement techniques.

3. *Le rôle des principes et l'éclatement du droit des obligations*

Tout comme les autres textes législatifs, le Code des obligations est soumis à de profondes modifications dues à la transformation de la méthode d'interprétation, conséquence directe de l'internationalisation du droit et de l'évolution de la société. Comme l'envisageait déjà Eugen Huber, le *droit est évolutif,* cons-

529 Cf. p. ex. récemment CJ GE, 12.2.2010, RSJ 107 (2011) 189 («Contrat d'achat d'entreprise [share purchase agreement] avec une clause de défaut [escape clause] relative à la dernière tranche du prix de vente»).

530 SAMUEL, Law of Obligations (note 169), p. 134; TREITEL/PEEL, Law of Contract (note 169), n. 9–002 ss, p. 361 ss.

tamment soumis à l'influence du changement des besoins; on pourrait dire qu'il se régénère constamment[531], même si les textes ne changent pas. Cette régénération ne dépend toutefois pas uniquement de la jurisprudence, mais aussi de l'état de la doctrine. En effet, celle-ci est en quelque sorte intégrée par les praticiens qui agissent ou réagissent au quotidien en fonction de certains de ses aspects. Nous avons envie de souscrire à la conception de Huber telle qu'elle est présentée par Marc Amstutz dans son rapport à la Société suisse des juristes de 2007[532]: *«das Recht ist nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern wird durch die Gesetze nur widerspiegelt, während die Schaffung des Rechts Mächten überlassen wird, über die der Gesetzgebung keine Gewalt zusteht.»*[533].

Ces forces du droit sur lesquelles la législation n'a pas de prise sont tant la pratique qui développe une *opinio necessitatis* dans certaines circonstances que la doctrine qui avance certaines idées. Ces idées durent ou parfois sont réduites au silence, pour un temps au moins. Ce fut par exemple le cas de la question de la «perte d'une chance» développée par plusieurs auteurs[534] et pour laquelle le Tribunal fédéral a prononcé un coup d'arrêt dans l'ATF 133 III 462. A l'inverse, la solidarité différenciée prônée pour la responsabilité des administrateurs par divers auteurs[535] a fini par trouver son ancrage législatif (art. 759 CO).

Un code est fait *de règles,* à savoir de normes prescriptives, qui donnent des solutions générales et abstraites pour des situations déterminées. Toutefois, la régénération du droit des obligations, mais aussi son éclatement entre le droit du Code et les lois spéciales, souvent issues du droit européen, imposent de faire ressortir les structures communes à travers des principes, pour permettre une certaine prévisibilité du résultat dans un cas concret. *Ces principes évoluent* eux aussi au fil du temps, mais leur identification dans une période donnée est importante. L'art. 7 CC qui prévoit que «[l]es dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil» n'est pas seulement un lien entre le Code des obligations et le Code civil, ou entre le Code des obliga-

531 AMSTUTZ, Der Text des Gesetzes (note 198), p. 253.

532 IDEM, Der Text des Gesetzes (note 198), p 253 s.

533 EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Bâle 1921, p. 255.

534 CHRISTOPHE MÜLLER, La perte d'une chance: étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, th., Neuchâtel, Berne 2002; HARDY LANDOLT, Perte d'une chance – verlorene oder vertane Chance?, in: Have 2008 p. 68 ss; BENOÎT CHAPPUIS, Quelques dommages dits irréparables, réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, SJ 2010 II 165 ss; THOMAS KADNER GRAZIANO, Ersatz für «Entgangene Chancen» im europäischen und im schweizerischen Recht – Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag, in: HAVE 2008 p. 61 ss.

535 Voir pour la période avant, notamment à notre avis WALTER STOFFEL, La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, in: F. Werro (édit.), La pluralité des responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007, Université de Fribourg, Berne 2009, p. 105–126.

tions et les autres lois de droit privé[536], mais aussi *l'expression de l'importance de règles générales ou de principes.*

Paraphrasant la célèbre formule relative à la culture, nous pourrions dire que les principes sont ce qui reste lorsque l'on a tout oublié! Ce serait évidemment excessif. Il n'en reste pas moins que *les principes ont une double fonction:* ils *orientent la concrétisation* des règles pour l'avenir, en montrant les tendances et les valeurs dont doit tenir compte la concrétisation des règles et, dans le même temps, *reflètent le résultat d'une évolution antérieure* des règles spécifiques. Tel le dieu Janus, les principes ont deux faces, l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir; ils sont la porte à travers laquelle la concrétisation des règles doit passer. Elle sera alors ancrée dans le passé et tournée vers l'avenir.

Un bon exemple nous est donné par le travail effectué par les membres du *Study Group on a European Civil Code* et de l'Acquis-Group lors de la rédaction du projet de Cadre commun de référence, le *Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Dans l'*Interim outline* de février 2008, les rédacteurs avaient proposé pêle-mêle toute une série de principes, sans hiérarchie entre eux[537]. Ces principes étaient en quelque sorte le résultat d'un premier travail d'analyse du passé, de l'état des réflexions et des règles. En février 2009, dans la version de l'*Outline edition,* le nombre des principes a été réduit et hiérarchisé[538]; l'approche devenait ainsi prospective, conçue comme une aide à la concrétisation des règles («model rules») contenues dans la suite du document. Evidemment, ces principes reflétaient encore et toujours une compréhension du passé (ou une construction du passé).

Identifier des principes avec suffisamment de précision est aussi un travail qui doit permettre de lier les diverses parties du droit des obligations, celles contenues dans le Code des obligations et celles renvoyées dans des lois annexes (Loi sur le voyage à forfait, Loi sur le crédit à la consommation p. ex.). Le principe et l'ampleur des informations précontractuelles, contractuelles et postcontractuelles p. ex. ne sont pas limités au droit dit de la consommation, mais sont devenus essentiels dans notre compréhension du contrat et des obligations qu'il implique.

Ces principes ne peuvent pas supplanter les règles, ils doivent les guider et surtout orienter leur concrétisation. C'est ainsi que les imaginent aussi les auteurs des *«Principes directeurs du droit européen du contrat»* préparés sous la

536 Pour une telle extension de l'art. 7 CC, cf. STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil (note 59), n. 119 ss.

537 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (édit.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim outline (DCFR), Munich 2008, p. 10.

538 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (édit.), Outline edition (DCFR) (note 168), p. 13.

coordination de Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud[539]. Ainsi, les auteurs du DCFR s'en inspirent pour proposer des principes sous-jacents *(underlying principles)* à leurs règles-modèles. Ils retiennent ainsi quatre principes, *la liberté, la sécurité, la justice et l'efficacité,* dont ils essaient d'expliciter la portée et les interactions[540].

Cette réflexion sur les principes est importante dans la perspective d'un code flexible et évolutif. La régénération du code passe par la réflexion sur l'évolution du rôle et du poids des principes. Encore faut-il pour cela les identifier, un processus qui doit nécessairement être collectif et interactif.

II. Les exigences pour une réforme du Code des obligations

Une certaine conception du Code est en train de mourir, mais elle laisse la place à une nouvelle plus adaptée aux besoins évolutifs de notre monde actuel, rapide et interconnecté. Afin d'avancer, le Code des obligations doit changer en suivant l'évolution de la méthodologie. Cela ne signifie pas qu'il doit être révolutionné, mais la manière de l'écrire doit tenir compte des attentes de ses utilisateurs: une *certaine prévisibilité* du résultat en dépit du fait que les termes utilisés offrent à chaque fois un large champ de potentialités[541] et une *adaptabilité à l'évolution rapide* du contexte dans lequel se trouve le droit[542].

Pour durer, *le Code doit donc être souple* et *rendre compte des principes* qui doivent orienter sa concrétisation. Cela suppose dès lors d'expliciter ces principes. Le rôle de *l'apparence d'un droit, le rôle de l'information, les limites et la raison d'être de la fidélité contractuelle,* par exemple, doivent être illustrés et articulés.

Après une présentation des qualités attendues du Code des obligations (1.), nous examinerons si le droit de la consommation doit être intégré au Code des obligations (2.) et quels sont les grands chantiers à venir (3.).

1. Les qualités attendues du Code des obligations

Le Code des obligations doit répondre à *certaines attentes:*

1° Un code utile. Le Code des obligations doit continuer à se trouver sur toutes les tables. Il doit pouvoir accompagner le praticien du droit, mais aussi le justiciable face aux difficultés à résoudre. Le Code des obligations actuel,

539 Bénédicte Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud, Principes contractuels communs: projet de cadre commun de référence, Paris 2008, p 18.

540 Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (édit.), Outline edition (DCFR) (note 168), p. 60 ss.

541 Amstutz, Der Text des Gesetzes (note 198), p. 255, parle de «offene, gleitende Textur»; Werro, CR-CC I, n. 43 ad art. 1 CC, qui parle de «normes à la texture ouverte».

542 Amstutz, Der Text des Gesetzes (note 198), p. 255, parle de «Offenheit des Rechts in der Zeit».

munis par exemple des notes de jurisprudence, tel le Code annoté Scyboz & Gilléron[543], héritier du code annoté de V. Rossel[544], a répondu à ce besoin.

2° *Un code attractif pour le commerce international.* Le droit suisse étant souvent choisi comme droit applicable dans les contrats du commerce international, il importe de lui laisser son attrait à cet égard. S'il est vrai que les parties qui choisissent le droit suisse comme droit applicable n'en connaissent souvent pas bien les arcanes, leur choix est orienté notamment par la stabilité politique du pays, la tradition de neutralité, mais aussi par la relative ouverture des règles proposées. La prévisibilité du résultat constitue aussi un aspect important, bien qu'il ne soit pas possible de donner des garanties à cet égard. Comme l'ont montré certaines recherches, le nombre de changements de jurisprudence est plus important en droit civil qu'en droit du common law[545], ce qui pourrait faire penser à une plus grande prévisibilité du résultat. Toutefois, la *prévisibilité du résultat* ne dépend pas seulement du nombre de changements de jurisprudence, mais de la manière dont les solutions sont présentées, argumentées. Le Tribunal fédéral n'annonce en effet pas toujours ses changements de jurisprudence. L'ATF 136 III 502 nous donne d'ailleurs un bel exemple du type de rhétorique utilisée par les tribunaux: «Force est de constater que les recourants se trompent sur le sens à donner à la jurisprudence censée étayer leur thèse. A leur décharge, il faut certes admettre que la formulation de l'arrêt sur lequel ils se fondent (arrêt 4C.234/1999 du 12 janvier 2000 consid. 5c/aa, in SJ 2000 I p. 421), tout comme celle d'autres précédents (arrêts 4D_80/2007 du 9 avril 2008 consid. 2.2.2; 4C.156/2005, précité, ibid.; ATF 118 V 193 consid. 4a p. 198), n'est pas suffisamment précise pour exclure toute discussion. De fait, dire que ‹le non-lieu prononcé par le juge pénal ne lie le juge civil que s'il est assorti des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif› *est sans doute exact, mais néanmoins incomplet*»[546]. Si la prévisibilité du résultat est un but en soi, celle-ci ne peut être garantie simplement par l'établissement d'un texte légal, comme nous l'avons déjà relevé[547].

3° *Un code flexible* pour intégrer le droit européen et concrétiser les principes constitutionnels qui s'étendent. La qualité essentielle d'un code du XXIe siècle réside dans sa faculté d'intégrer de nouveaux concepts et de digérer

543 Georges Scyboz/Pierre-Robert Gilliéron/Pierre Scyboz/Andrea Braconi, Code Civil suisse et Code des Obligations annotés. L'ouvrage, dont la 1re édition était une mise à jour du code annoté de Rossel, en est à sa 8e édition.

544 Débutée à l'entrée en vigueur du Code civil par le juge fédéral Virgile Rossel, l'entreprise sera poursuivie par ses fils Jean et André jusqu'au décès de ce dernier en 1963.

545 Thomas Probst, Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (Common Law), th. Bâle 1993, p. 401.

546 ATF 136 III 502 consid. 6.3.1, p. 504 s.

547 Cf. *supra* p. 205 ss.

diverses influences. Le droit privé européen s'est énormément développé ces dernières années. Les directives européennes en matière de droit de la consommation et, de manière plus large, de droit des contrats, des sociétés et de la responsabilité civile vont jouer un rôle direct ou indirect de plus en plus important sur le droit suisse. Elles sont déjà très nombreuses, comme en témoigne l'ouvrage qui les regroupe[548].

Intégrer les directives de droit européen en les transposant en droit suisse supposera des adaptations fréquentes du Code, ou alors de multiplier les textes légaux de droit privé extérieurs au Code des obligations. Avec un Code flexible, il doit être possible d'adapter la structure et les orientations du Code actuel, tout en intégrant la lettre des règles de droit européen. Pour cela, il faut d'ores et déjà extrapoler les principes qui sous-tendent le Code des obligations actuel.

2. *Le droit de la consommation intégré au Code des obligations*

A l'adoption du Code des obligations, le droit commercial et le droit des contrats commerciaux y ont finalement été intégrés, malgré un débat important sur la question[549].

Le droit contractuel de la consommation s'est développé sous l'impact décisif du droit européen. En effet, les pans les plus importants consacrés à des contrats «de consommation» ont été le résultat du paquet *Swisslex*[550]. Or, nous l'avons vu, la discussion sur l'intégration de ces règles au Code des obligations lui-même n'a pas vraiment eu lieu. Il fallait agir vite et, partant, le plus simple était de placer ce paquet de règles hors du Code. Il n'en reste pas moins que la question de l'intégration de ces règles au Code des obligations doit se poser, comme elle s'est posée pour le droit commercial et le droit des contrats commerciaux.

La décision à prendre porte sur *l'alternative suivante:* créer un code suisse de la consommation[551], à l'instar de ce qui existe en Turquie, ou intégrer autant que possible les règles des lois spéciales relatives au droit «contractuel» de la consommation au Code des obligations. La troisième voie, situation actuelle, qui consiste à maintenir quelques lois éparses en droit des contrats et de la responsabilité de la consommation n'est pas une solution. Elle ne permet pas d'as-

548 Marc Amstutz/Pascal Pichonnaz/Thomas Probst/Franz Werro, Droit privé européen, Directives choisies (note 178), (634 p.); Marc Amstutz/Pascal Pichonnaz/Thomas Probst/Franz Werro, Europäisches Privatrecht, Ausgewählte Richtlinien, 2e éd., Berne/Vienne 2011 (658 p.); Marc Amstutz/Pascal Pichonnaz/Thomas Probst/Franz Werro, European Private Law, Selected directives, 1re éd., Berne/La Haye 2011 (582 p.).

549 Cf. *supra* p. 126 ss et 130.

550 Cf. *supra* p. 137 s.

551 Cf. déjà Pichonnaz, Mél. Stauder (note 119); Pascal Pichonnaz, Le contrat dans le droit de la consommation, in: M. Braun (édit.), Actualités du droit des contrats, Le contrat à la croisée des chemins, Lausanne 2008, p. 45 ss.

surer une certaine cohérence de la matière dans son ensemble, ni de garantir le minimum de prévisibilité nécessaire pour le citoyen, qui devrait pouvoir se fier à l'idée que ce qui traite principalement du droit des contrats figure dans le Code des obligations ou dans un code de la consommation. Le but même d'un code est aussi celui de regrouper les divers aspects de la matière de façon aussi complète et surtout aussi structurée que possible, pour en faciliter la concrétisation[552]; cela n'est pas assuré par la situation actuelle.

Afin de trancher la question, nous devons répondre à *deux questions: 1°* Qu'est-ce qui fait la particularité du droit contractuel de la consommation, en d'autres termes, quelle est la situation particulière de la partie que l'on appelle «consommateur»[553]? 2° Ces particularités peuvent-elles être incorporées au Code des obligations?

Pour le Tribunal fédéral, appelé à se prononcer récemment sur la portée de l'ancien art. 22 LFors (actuel art. 32 CPC), *la particularité du droit contractuel de la consommation* tient au fait qu'il met en présence un offreur et un consommateur; partant, ce qui compte, c'est le *«but de protection spécifique* lié à la disposition édictée»[554]. La vraie question est toutefois celle de savoir *pourquoi* le consommateur doit être protégé. Or, après avoir considéré qu'il fallait protéger le consommateur parce qu'il s'agissait de la «partie faible au contrat», la doctrine a développé l'idée qu'il fallait protéger le consommateur pour qu'il ait suffisamment d'informations afin de jouer son rôle comme acteur du marché. En effet, seul un acteur correctement informé peut faire les bons choix. Finalement, on s'est rendu compte que le consommateur n'était (a) pas le seul à être une partie parfois faible dans la négociation contractuelle, p. ex. des PME ou des associations peuvent l'être tout autant, et (b) une bonne information n'assure pas encore un choix «efficace» du consommateur, celui-ci agissant quelque fois de manière irrationnelle et n'ayant parfois tout simplement pas d'alternative crédible. Comme nous l'avons relevé ailleurs, c'est donc le souci de *faire fonctionner correctement la concurrence sur le marché qui justifie la protection du consommateur*[555]. Le droit contractuel de la consommation présente ainsi des spécificités (partie faible, information, conséquence de l'absence de choix) qui

552 Cf. *supra* p. 137.

553 La définition usuelle du consommateur est la suivante: «toute personne physique qui agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.»; cf. ég. PICHONNAZ, Mél. Stauder (note 119), p. 326: «toute personne physique qui envisage de conclure un contrat ou qui conclut celui-ci avec un fournisseur de biens ou de services à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

554 ATF 132 III 268 (consid. 2.2.2); cf. nos remarques critiques in: PICHONNAZ, Le contrat dans le droit de la consommation (note 436); cep. ég. Message à l'appui d'une Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1037; Message concernant la modification de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), FF 1999 III 2879; sur la LRFP: FF 1993 I 833.

555 Cf. déjà *supra* p. 189 s.; ég. PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision (note 407), RSJ 106 (2010) 286.

doivent toutes se lire à la lumière du but ultime: la *loyauté sur le marché* comme préalable à une bonne concurrence.

A notre avis, il n'y a *pas de raison de traiter séparément* le droit contractuel de la consommation. Il s'agit avant tout d'assurer la conclusion de contrats qui permettent une meilleure loyauté sur le marché et donc une saine concurrence. C'est là aussi le but d'autres règles à caractère social du Code des obligations (p. ex. celles relatives au contrat de travail ou au contrat de bail)[556] ou encore de certains aspects du droit commercial. L'enjeu est ainsi uniquement de formuler certaines règles pour couvrir les situations d'abus potentiels de la liberté contractuelle, afin de garantir un bon fonctionnement du marché.

On peut prendre un exemple concret lié au *droit de rétractation*[557]. Ce droit est souvent présenté comme une entorse au principe de la force obligatoire des contrats fondé sur le besoin de protection du consommateur. Néanmoins, il serait possible de le généraliser en posant des conditions générales qui démontrent que ce droit tend en fait à assurer la qualité du consentement dans certaines situations spécifiques, afin d'éviter la conclusion de contrats qui violent les principes de base de la loyauté des acteurs du marché. Le groupe de travail au sein du projet de révision de la partie générale du droit des obligations (projet Fonds national: PRORAT) propose ainsi la formulation générale suivante: «Celui qui à l'initiative du cocontractant conclut un contrat sans disposer d'un délai de réflexion suffisant pour *évaluer la prestation* qui lui est proposée ou *les risques liés à celle-ci,* peut révoquer le contrat.».

En outre, retenir des principes contractuels différents en matière de droit de la consommation par rapport au droit contractuel «ordinaire» poserait le problème de l'existence d'un *code de la consommation,* puisque les contrats commerciaux peuvent aussi présenter des particularités par rapport aux contrats ordinaires. Jusqu'à présent, la jurisprudence a été en mesure d'adapter le contrat en tenant compte, lorsque cela s'imposait, des particularités liées aux contrats commerciaux; il n'y a pas de raison que cela ne puisse pas se faire pour les contrats de consommation. On pense par exemple aux relations du contrat d'entreprise entre un maître d'ouvrage spécialisé (une entreprise générale) et un entrepreneur lui aussi spécialisé. Les règles liées au devoir d'avis formel de l'art. 369 CO ont été adaptées par la jurisprudence pour tenir compte du fait que, dans de tels contrats, les rapports entre les parties au contrat variaient par rapport à ceux envisagés par le législateur de 1911[558]. Elles sont d'ailleurs spécifiquement différenciées dans la Norme SIA 118 (art. 25).

---

556 Cf. *supra* p. 179 ss.

557 Pour une analyse récente de sa justification, notamment dans la perspective du droit européen, cf. HORST EIDENMÜLLER, Why Withdrawal Rights?, ERCL 2011, p. 1 ss.

558 Il n'y a pas de devoir d'avis formel lorsque le maître est aussi spécialisé ou du moins rompu au type de contrats considéré, cf. sur l'art. 369 CO, récemment TF, 05. 05. 2009, 4A_343/2008.

Immanquablement, il y aura des règles plus spéciales pour certains contrats, mais *ces règles doivent pouvoir être intégrées au Code des obligations* comme elles le sont pour d'autres contrats spéciaux. Si le Code des obligations de 1911 dispose de règles spécifiques sur les voyageurs de commerce (CO 347 ss), pourquoi ne contiendrait-il pas de règles sur *le voyage à forfait* (placées après les règles sur le contrat de transport, p. ex. art. 457a ss CO), sur *le (petit) crédit à la consommation* (placées après les règles sur le prêt de consommation, p. ex. art. 318a ss CO) ou sur la *responsabilité du fait du produit* (placées après les règles sur la responsabilité civile, p. ex. art. 61a ss CO).

A notre avis, il est dès lors important d'intégrer l'essentiel des règles contractuelles du droit de la consommation dans le Code des obligations.

3. *Quelques grands chantiers à venir*

Hormis cette réforme de structure liée à l'intégration des règles relatives au droit contractuel de la consommation et à l'intégration de principes directeurs, le Code des obligations va devoir faire face à un certain nombre de chantiers.

Un projet de recherche, soutenu par le Fonds national de la recherche scientifique, entend finaliser un premier avant-projet de réforme de la partie générale du droit des obligations (PRORAT). Le projet sera présenté vers la fin 2011 au public[559]. Les travaux entrepris ont mis en lumière certains besoins de restructuration du droit actuel, que ce soit en partie générale du droit des obligations ou en partie spéciale. On peut penser *notamment* aux institutions suivantes:

La prescription. Elle doit être repensée à l'aune des régimes qui nous entourent et des besoins différents de notre société et des créanciers actuels. Nous en avions fait une ébauche ailleurs[560] et un avant-projet est en cours d'élaboration par l'Office fédéral de la Justice, il devrait être mis en consultation dans le courant du mois d'août 2011[561]. En matière de prescription de la garantie pour les défauts, un projet de modification de l'art. 210 CO et de l'art. 371 CO sera prochainement traité par les Chambres fédérales[562].

Le régime de l'invalidité. La relation entre règles sur l'enrichissement illégitime et rapport de liquidation doit être réorganisée. La doctrine a d'ores et déjà

559 *http://www.prorat.ch.*

560 Pascal Pichonnaz, La prescription de l'action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme, in: F. Werro (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Berne 2007, p. 71 ss.

561 Cf. *http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/preview.html#DFJP.*

562 FF 2011 2699 (Initiative parlementaire. Renforcement de la protection des consommateurs. Modification de l'article 210 CO. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national) et FF 2011 2709 pour le Projet de modification du Code des obligations, qui introduit à l'art. 210 CO un délai de prescription général de la garantie pour les défauts de deux ans et de 5 ans pour les choses intégrées à un ouvrage immobilier, même délai de 5 ans qu'à l'art. 371 CO, adapté en conséquence.

fait un important travail, mais les concepts divers d'invalidité du contrat[563], hérités du XIXe siècle, doivent s'adapter aux enjeux différents. Nullité (relative et absolue), invalidité, caducité ou encore résolution du contrat supposent de tenir compte de la conception contemporaine de celui-ci[564]. En d'autres termes, c'est tout *le système de l'invalidité des contrats* qui doit être revisité.

Le régime de la solidarité. Ce régime a évolué au cours du temps. Solidarité différenciée (CO 679) ou solidarité imparfaite ont un régime qui n'est pas vraiment reflété par les règles du Code des obligations. Ainsi, l'importante jurisprudence relative à la prescription de l'action récursoire a ouvert tout un champ de réflexions que la loi pourrait intégrer[565].

La partie spéciale. Outre le fait que la loi pourrait inclure des contrats qui ont été stabilisés par la pratique, comme le contrat d'affacturage *(factoring)*[566], le contrat de licence[567], le contrat de franchise[568] ou encore le contrat de maintenance[569], il faut notamment se demander si le régime de protection contre les loyers abusifs est encore apte à remplir sa fonction. Le droit des sociétés pose lui aussi des questions importantes.

Si nous évoquons ces quelques chantiers – il y en aurait d'autres – c'est surtout pour souligner qu'il nous semble que *le temps de renoncer à un code n'est pas venu* en Suisse. L'idée d'une décodification totale pour un régime comme celui du droit suisse, voire du droit européen, est probablement une erreur; toutefois,

563 Pour des définitions de ces notions, cf. notamment SCHWENZER, OR AT (note 215), n. 39.02 ss et n. 39.27 s.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (note 190), n. 888 ss (einseitige Unverbindlichkeit et Ungültigkeitstheorie); TERCIER, Le droit des obligations (note 184), p. 115 ss.

564 Cf. *supra* p. 186 ss.

565 ATF 133 III 6, cf. ég. PASCAL PICHONNAZ, La prescription de l'action récursoire, in: F. Werro (édit.), La pluralité des responsables (note 535), p. 155 à 188; pour des commentaires ég. PASCAL PICHONNAZ/FRANZ WERRO, La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite in: BR/DC 2/2007, p. 48–52; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/THOMAS SIEGENTHALER, Der Rückgriff unter Baubeteiligten – eine Praxisänderung? in: BR/DC 2/2007, p. 53–56. Sur la solidarité parfaite et la prescription, cf. ég. ANDREAS W. WEISS, Solidarität nach Art. 143–149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, th. Lucerne, Zurich 2011.

566 Pour une analyse, cf. notamment BENEDIKT FÄSSLER, Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht, th. St-Gall 2010.

567 Pour une analyse, cf. notamment Urs ZENHÄUSERN, Der internationale Lizenzvertrag, th., Fribourg 1991; R. ROLAND FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, th. Zurich, Berne 2009; RETO M. HILTI, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Berne 2001.

568 Pour une analyse, cf. notamment BERNHARD VOGEL, Der Franchise Vertrag. Wettbewerbliche Behandlung typischer Bindungen nach Schweizer Kartellrecht, th., Zurich 2010, en part. p. 13 ss et p. 65 ss.

569 Pour une analyse, cf. notamment PIERRE-ANDRÉ MORAND, Le contrat de maintenance en droit suisse (note 161).

un processus partiel de décodification a bien eu lieu, en particulier à travers l'évolution de la méthodologie[570].

S'il ne faut pas abandonner le Code des obligations pour le XXIe siècle, il faut alors véritablement prendre la peine d'en *repenser certains aspects.* On ne peut en effet se limiter à confier à la jurisprudence le soin de tracer les grandes lignes et les principes directeurs; le législateur doit prendre ses responsabilités. En effet, pour que le Code des obligations garde son sens et sa fonction, qui lui est donnée par la codification, il faut qu'il reflète la structure et les interconnexions des règles de droit applicables aux contrats. La concrétisation par les juges, la doctrine et la pratique restera toujours un acte de création de droit fondamental, mais refuser de légiférer parce que le judiciaire a mis en place un régime de protection, comme l'ont affirmé certains parlementaires lors des débats sur l'art. 8 LCD[571], c'est abandonner ses responsabilités.

III. Le Code est mort, vive le Code!

Le droit est lié à l'écrit. Dans notre civilisation, la transmission du savoir et la faculté de le reproduire dépendent de l'écrit. En droit privé et plus particulièrement en droit des obligations, ce savoir s'est transmis depuis la redécouverte du Digeste et du Code de Justinien vers l'an 1080 ap. J.-C. par l'élaboration progressive d'une *science* fondée sur l'écrit[572]. La transmission de ce savoir millénaire, de cette grammaire développée d'abord par les Romains, puis par les auteurs du Moyen Âge s'est faite par des commentaires et des ouvrages, systématisant la matière et cherchant petit à petit à dégager des principes, des règles et des exceptions.

Le code civil prussien, l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR) de 1794, se situe à la croisée des chemins entre des ouvrages volumineux présentant *toute* la matière et un code cherchant à définir toute la matière à travers des règles et des exceptions, mais encore de manière trop volumineuse avec 19 194 articles[573]. La montée de l'Etat-nation a favorisé l'émergence des codes comme réceptacles privilégiés de l'identité nationale. Le Code fédéral

570 Cf. *supra* p. 250 ss.

571 Notamment Bruno Frick, BO-CE 2010 p. 934: «Das Bundesgericht, wie jedes andere Gericht, überprüft ja bereits heute AGB zusätzlich, über die blosse Irreführung hinaus. [...] Ein grosser Schutz besteht also bereits.»; Hannes Germann, BO-CE 2010 p. 935, Carlo Sommaruga (pour la commission), BO-CN 2011 p. 229; Kurt Fluri, BO-CN 2011 p. 228.

572 Sur les éléments de la méthode scientifique au Moyen Age, cf. l'introduction par Helmut Coing, Europäische Privatrecht, vol. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), Munich 1985, p. 15 ss et les réf.; de même que toujours important Peter Weimar, Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter, Francfort-sur-le Main 1997.

573 Stephan Meder, Rechtsgeschichte, 3e éd., Cologne/Weimar/Vienne 2008, p. 258; Phillip Hellwege, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, in: J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann (édit.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009, p. 50 ss, en part. p. 52.

des obligations de 1881 n'a pas échappé à cette volonté. Celui de 1911 a poursuivi sur la voie tracée, reprenant les caractéristiques qui ont fait le succès du Code civil suisse de Eugen Huber, un texte simple et abordable, avec des articles structurés de façon à mettre la matière entre toutes les mains.

Dans le même temps toutefois, le code a continué à se transformer sous l'effet de nouvelles règles, toujours plus précises, plus détaillées. Néanmoins, le Code des obligations suisses de 1911 est un code qui a fait ses preuves. Il a tenu son rang et a essaimé au niveau international, directement comme en Turquie, mais aussi indirectement comme modèle de clarté et de réussite. Les contrats du commerce international le désignent en tant que droit supplétif applicable et les acteurs juridiques s'y réfèrent parfois.

Le droit est lié à une langue écrite. Des Glossateurs du XIIe siècle jusqu'à la fin du *ius commune* au début du XVIe siècle, le texte de la «loi», le Digeste et le Code de Justinien, étaient considérés comme inaltérables, complets et exempts de contradictions. «Parole d'Evangile», texte quasi-sacré, la langue utilisée – le latin – était commune aux lettrés de ces époques. Les commentaires à l'appui de certains mots du texte original, les gloses *(glossa)*[574], puis à l'appui de passages plus larges, les commentaires *(commentaria)*[575], enfin à l'appui de certaines idées ou institutions, les traités *(tractati)*[576], ont à chaque fois cherché à réduire la distance entre le signifiant, le vocable, le terme et le signifié, l'idée qu'il entendait véhiculer. Or, cette idée a vogué sur le fleuve du temps et de l'évolution de la société, se modifiant sans pour autant que le terme lui-même, le signifiant, ne se modifie. Le droit était ainsi vivant, tout en étant lié à une seule langue, le latin. Cette tension entre signifiant et signifié s'est accentuée, d'abord avec l'avènement de textes juridiques dans diverses langues. Ainsi, Jean Domat a écrit pour la première fois un traité en français en 1689, «Les Loix civiles dans leur ordre naturel»[577]. La disparition d'un texte unique de référence a, pour un temps, permis de réduire à nouveau l'écart entre la conception du droit et son expression imparfaite dans les termes du texte, puis de la loi. L'école de l'exégèse en France avait même espéré que le Code Napoléon puisse consister dans l'expression complète et inaltérable de la loi, ce qui très rapidement démontra ses limites.

Le code est soumis à une méthodologie en évolution. Nous avons pu constater combien le droit des obligations s'est développé à travers de nouvelles théories et doctrines[578]. La tension entre le signifiant, le texte, et sa compréhension par les juges et les praticiens s'est ainsi à nouveau accentuée. Le texte du Code

574 Pour tous les autres, HERMANN LANGE, Römisches Recht im Mittelalter, vol I: Die Glossatoren, Munich 1997, p. 118 ss.

575 Pour tous les autres, HERMANN LANGE, Römisches Recht im Mittelalter, vol II: Die Kommentatoren, Munich 1997, p. 355 ss.

576 Pour tous les autres, LANGE, Römisches Recht im Mittelalter, vol II (note 575), p. 402 ss.

577 Pour une présentation du dessein de l'auteur, cf. JEAN DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Tome I, Paris 1777, ad Préface.

578 Cf. *supra* p. 145 ss.

ne reflète ainsi qu'imparfaitement le droit, car le code n'est qu'un moyen partiel d'accéder au droit d'une période donnée. En effet, le Code est relativement statique, alors que le droit est en mouvement incessant; le Code doit s'appliquer à tous et pour toutes les situations, alors que le droit doit valoir pour chacun et dans chaque situation particulière. Or, la somme des situations individuelles permet de concevoir des normes générales et abstraites, mais ces dernières ne peuvent se substituer totalement aux situations individuelles et concrètes.

Prenant toujours plus conscience de cette réalité, le Tribunal fédéral a modifié fondamentalement sa méthode dite «d'interprétation»[579]. Après avoir adopté une perspective liée à l'idée de l'existence possible d'un «texte clair» de la loi, le Tribunal fédéral a pris conscience de sa fonction et confiance en son rôle et en sa relation avec le législateur. Le «pluralisme méthodologique pragmatique» comme méthode pour dire le droit est aujourd'hui l'approche choisie pour appréhender la distance entre le signifiant, le texte, du Code des obligations, statique, et le besoin de rendre justice dans le cas particulier compte tenu des exigences d'équité et de justice.

Le code est en mutation et doit l'être. Cette prise de responsabilité du pouvoir judiciaire ne rend toutefois pas le législateur vain ou inutile. Il doit en effet poser les jalons indispensables au travail du pouvoir judiciaire. Ainsi, nous continuerons d'avoir besoin d'un Code des obligations, qui doit être de qualité et comprendre le plus de règles ayant trait au droit des obligations.

Le législateur doit néanmoins aussi percevoir le changement de conception. Il doit comprendre que le texte légal ne peut pas maîtriser la réalité jusque dans ses moindres détails. S'il veut assumer son rôle, il doit en revanche créer les instruments dont les juges pourront se servir pour dire le droit. Cela signifie qu'il doit *poser des règles qui reflètent des principes,* plus ou moins détaillés, aptes à absorber les modifications de la société et les besoins d'adaptation liés p. ex. au droit européen ou aux exigences internationales.

Ainsi, il est absolument nécessaire d'*intégrer dans un même code* les règles pour les divers types de contrats, qu'il s'agisse des contrats entre commerçants ou ceux avec des consommateurs. Une telle intégration ne peut pas se faire véritablement lorsque l'on opère des distinctions artificielles entre catégories d'acteurs juridiques, consommateurs ou professionnels p. ex.; cela entraîne en effet à chaque fois des questions de délimitation et de justification du régime. Il faut au contraire retenir des règles et des principes qui permettent de distinguer les acteurs en fonction du rôle qu'ils jouent, de leur fonction dans le rapport contractuel, notamment par rapport à la maîtrise de l'information, à la capacité de modification du contrat ou de la prestation, ou encore à la faculté de négociation. En effet, ces qualités ne sont pas toujours l'apanage des mêmes «catégories d'acteurs juridiques» et pourtant ce sont ces qualités ou leur ab-

579 Cf. *supra* p. 205 ss.

sence qui jouent un rôle direct sur le droit, son caractère équitable et le besoin ou non d'intervention du juge.

Le Code est mort, vive le Code! Notre société a besoin d'un Code des obligations, comme la société française avait besoin d'un roi jusqu'au XVIIIe siècle. Toutefois, elle change et le Code change avec elle. Les besoins évoluent, la méthodologie aussi, les influences extérieures sur le Code et surtout sur la doctrine et la jurisprudence augmentent, le Code des obligations ne peut donc pas rester immuablement dans sa forme. Ainsi, même si le Code des obligations n'a parfois pratiquement pas changé depuis 1911, en particulier dans la partie générale, le droit des obligations a beaucoup évolué, entraînant de plus en plus une modification du Code hors de lui-même, «hors du Code».

Le Code des obligations risque ainsi de perdre sa valeur ontologique, sa nature propre de code, à savoir de source englobante, systématique et structurée du droit des obligations. Or, la fonction du Code des obligations est justement celle *d'être la source qui alimente les réflexions, les décisions, les jugements.* Pour conserver cette fonction, le Code doit pouvoir orienter et surtout englober tous les aspects de principe du droit des contrats, de la responsabilité civile et de l'enrichissement illégitime.

Telle était certainement la volonté de Eugen Huber et déjà, avant lui, des auteurs du Code fédéral des obligations. *L'art. 7 CC* qui se réfère aux principes du Code des obligations met en quelque sorte au grand jour cette volonté de conserver ensemble les principes de droit des contrats et de droit civil dans leur ensemble.

Il ne faut dès lors pas tout changer dans le Code des obligations; il faut toutefois suivre l'évolution des idées. Cela suppose d'une part de *réintégrer dans le code des lois qui s'en sont échappées* et de donner une assise légale à certaines doctrines et à certains principes dont la connaissance par les particuliers et les acteurs juridiques suppose «une mise en code». L'idée est ainsi de permettre au Code des obligations de refléter l'essentiel des principes qui traversent les décisions en droit des obligations. Le Code des obligations doit être ce Janus qui est à la fois le reflet de son évolution passée, mais aussi le point d'ancrage pour le futur.

L'état de la décodification n'est ainsi pas inéluctable[580], du moins en l'état actuel du système juridique suisse. A l'instar des grands codes qui nous entourent, le Code des obligations *doit s'adapter.* Cette adaptation doit rester modeste; elle ne doit pas reprendre tous les détails de la jurisprudence en son sein. Il lui faut toutefois refléter les grands principes en intégrant certaines lois exté-

580 L'expression de décodification remonte à N. IRTI, L'età della decodificazione, 4e éd., Milan 1999; cf. ég. SUSANNE GENNER, Dekodifikation: zur Auflösung der kodifikatiorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht, th., Berne 2006 et de manière plus générale; STEFAN MEDER, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2e éd., Tübingen 2009, en part. p. 153 ss, p. 184 ss.

rieures, adapter certaines de ses institutions aux besoins de notre société comme la prescription ou le régime de l'invalidité, enfin, conserver la souplesse nécessaire pour permettre aux juges de mettre en œuvre le droit de manière équitable dans chaque cas concret. En demeurant un système de normes souples, siège des principes du droit des obligations au sens large, notre Code des obligations pourra continuer de s'affirmer sur le plan européen et international comme un modèle.

Notre Code des obligations doit donc évoluer en respectant le souci d'un consensus, le choix éprouvé d'un texte ouvert et suffisamment général pour orienter les divers acteurs juridiques, sans prétendre les enfermer en vain dans un signifiant.

L'écrit n'est souvent que le reflet de ce que l'on est à un moment donné. Il en va de même du Code des obligations, reflet pour chacune de ses règles d'une époque particulière. Toutefois, pour que le Code des obligations puisse permettre aux juges de refléter le *droit des obligations* de leur époque contemporaine, il doit pouvoir s'adapter en étant ce substrat à la fois suffisamment flexible, mais aussi couvrant tous les aspects du droit des contrats.