UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre | 2006 | Published version | Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse ?

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse ? In: Le législateur et le droit privé : colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre. Chappuis, Christine, Winiger, Bénédict & Thévenoz, Luc (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2006. p. 177–209. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8428

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:49

L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse ?

Christine Chappuis*

Professeure à l'Université de Genève

I. L'harmonisation internationale, muse par excellence 178
II. Nécessité d'une intervention législative 182
A. Trois motifs pour ne pas intervenir 182
B. Tant de motifs pour intervenir 183
III. Mais que fait le législateur ? 193
A. Ce qu'il a fait 193
B. Ce qu'il pourrait faire 198
IV. Conclusion 204

J'allais sous le ciel, Muse ! et j'étais ton féal
(Rimbaud, Ma bohême)

Le législateur suisse accorde ses faveurs à certains[1], les refuse à d'autres[2] et les distribue ailleurs avec parcimonie[3]. Il ne semble guère – c'est presque vexant – s'intéresser au droit des obligations. Je me propose de réfléchir à la question de savoir si le vent d'harmonisation internationale qui souffle au-dehors peut être une source d'inspiration pour le législateur helvétique. Le champ de cette étude porte principalement sur la partie générale du Code des obligations.

* Mes remerciements s'adressent à Hamid Taieb, assistant, pour son aide dans la recherche historique, ainsi qu'à Olivier Unternaehrer, assistant, avocat, pour sa relecture attentive du présent texte.

1 Le droit des personnes et de la famille, comme le montrent, avec quelques réserves, les contributions de Margareta Baddeley et de Dominique Manaï.

2 L'on pense en particulier à l'abandon de l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile (voir la contribution de Pierre Tercier), domaine pourtant marqué par l'adoption de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (voir la contribution de Pierre Wessner).

3 Pour le droit de la consommation, voir la contribution de Bernd Stauder.

Si l'harmonie se définit comme un «accord d'idées […] entre plusieurs personnes»[4], l'harmonisation appliquée au droit vise le phénomène de réduction de la diversité des règles juridiques prévues par les ordres juridiques nationaux. Dans le présent cadre, elle peut ainsi être définie comme la mise en accord du droit suisse des obligations avec les règles développées à l'extérieur de nos frontières. Sans examiner si l'harmonisation internationale du droit est en soi souhaitable ou non[5], je montrerai, à titre introductif, pourquoi l'harmonisation internationale du droit des obligations, un phénomène aujourd'hui constatable, est susceptible d'inspirer le législateur suisse (I.). Il s'agira ensuite de vérifier s'il existe un besoin de légiférer en droit des obligations (II.), avant d'examiner ce qu'a fait le législateur et ce qu'il pourrait améliorer (III.), puis de conclure (IV.).

I. L'harmonisation internationale, muse par excellence

L'harmonisation du droit des obligations peut résulter de différentes méthodes. Elle peut utiliser des instruments de *hard law*, d'un côté, de *soft law*, de l'autre. L'harmonisation européenne par le biais des directives européennes mérite une place à part. La jurisprudence des juridictions nationales ou internationales, qu'elles soient étatiques ou arbitrales, de même que l'enseignement du droit, enrichissent à leur tour ce phénomène d'harmonisation grandissant.

Les instruments de hard law

Les conventions internationales de droit matériel représentent la méthode d'harmonisation la plus complète, car elles aboutissent à un ensemble de règles uniformes applicables dans les Etats membres des conventions considérées. La vente internationale de marchandises en est un exemple de premier choix, puisqu'elle est soumise aux règles uniformes de la Convention de Vienne de 1980, en Suisse comme dans les soixante-sept[6] autres Etats membres. Le succès de cette convention a pour effet que les mêmes règles sont en vigueur dans la plus grande partie du monde (la plupart des Etats de

[4] Le Petit Larousse, 2006.

[5] Certains auteurs contestent l'opportunité d'harmoniser le droit des obligations, par exemple, Laithier, p. 11 ss ; au contraire, Haas, p. 202-232, présente les méthodes d'harmonisation envisageables et montre les avantages d'un droit uniforme au sein de l'Union européenne, tout en réfutant de manière intéressante les objections à l'unification.

[6] Le nombre d'Etats membres ne cesse d'augmenter. Il est passé de 66 en automne 2005 à 67 en février 2006 [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html] ou [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html].

l'Europe, les USA, certains Etats d'Amérique du Sud, la Chine). L'Afrique ne reste pas en dehors de ce phénomène, du moins en ce qui concerne les Etats membres de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)[7] qui ont adopté un acte unique sur la vente internationale dont les règles sont pour l'essentiel identiques à la Convention de Vienne.

D'autres conventions dans le domaine du droit des contrats ont été moins bien reçues, ainsi la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises du 17 février 1983 qui devait compléter cet aspect important de la vente internationale. Ratifiée par un nombre insuffisant d'Etats, elle n'est pas entrée en vigueur[8]. Le crédit-bail et l'affacturage font l'objet de deux Conventions d'Unidroit[9] qui ne sont pas entrées en vigueur non plus. La cession de créances, réglée par une Convention des Nations Unies[10], certes récente (2001), figure également sur la liste (provisoire ?) de quelques oubliées des législateurs.

Les instruments de soft law

La méthode classique de la convention internationale instituant des règles uniformes obligatoires pour les Etats membres a, depuis quelques décennies, montré des signes d'essoufflement[11]. C'est ainsi que s'est imposée l'idée de règles de droit non contraignantes, qualifiées de *soft law*[12]. Différentes œuvres émanant d'organismes publics ou privés, comme la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[13] ou l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)[14], ont ainsi vu le jour sous forme de lois modèles, de principes généraux ou de guides juridiques.

Deux instruments en particulier prennent une importance grandissante et méritent d'être mentionnés dans le cadre de la présente contribution. Il s'agit des « Principes relatifs aux contrats du commerce international » (Principes d'Unidroit) et des « Principes de droit européen des contrats » (Principes Européens), deux textes élaborés par des groupes d'experts internationaux dans le but de proposer un corps de normes reflétant un noyau de règles acceptables par les différents systèmes juridiques (idée du « common core »). Les

---

7 Voir Kenfack Douajni, p. 194 ss et réf. cit. n. 14.

8 CR CO I-Chappuis, CO 32 N 8.

9 Voir l'état des ratifications sur le site d'UNIDROIT : http://www.unidroit.org/

10 Disponible sur http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/

11 Basedow (Uniform law), p. 129 s.

12 Cf. Widmer (Codification), N 3-7.

13 http://www.uncitral.org/

14 http://www.unidroit.org/
Autre organisme privé : l'Académie des Privatistes Européens de Pavie travaille à l'élaboration d'un « Code européen des contrats » contenant des règles acceptables dans tous les Etats de l'Union européenne (voir, Gandolfi [Code européen], *passim*).

Principes d'Unidroit prévoient qu'ils « peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux »[15]. Ils ont effectivement été une source d'inspiration pour nombre de législateurs. On peut mentionner à ce titre le nouveau Code civil de la Fédération russe et le droit des contrats chinois, de même que les travaux menés par M. Fontaine dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)[16].

L'européanisation du droit suisse des contrats

Le droit des contrats des Etats membres de l'Union européenne est sans conteste influencé par les nombreuses Directives relatives notamment à la protection des consommateurs et des travailleurs[17]. La Suisse s'est partiellement jointe à ce mouvement en décidant de transposer volontairement certaines directives européennes[18]. Les règles relevant des domaines dans lesquels des directives ont été adoptées font l'objet d'une harmonisation au moins relative[19].

Autres moyens d'harmonisation

Des méthodes plus indirectes d'harmonisation méritent également une mention. Les décisions étatiques ou arbitrales rendues en application de textes internationaux n'émanent certes pas d'une instance unique, seule garante d'une application uniforme des textes. Toutefois ces décisions, pour autant qu'elles bénéficient d'une diffusion suffisante[20], peuvent favoriser le rapprochement de jurisprudences nationales divergentes. Des moteurs de recherche tels que ceux de Pace University[21], Unilex[22], CLOUT[23] ou CISG-online[24] permettent

---

15 Préambule des Principes d'Unidroit, paragraphe 7. Etonnamment, le Préambule des Principes Européens ne prévoit rien de semblable.

16 Widmer (Codification), N 56.

17 Voir Amstutz / Pichonnaz / Probst / Werro, Directives choisies.

18 Voir la contribution de Bernd Stauder au présent ouvrage ; Stauder (Questions actuelles), p. 77 ss ; Werro (Code européen), p. 342-350 ; cf. par ailleurs, l'ouvrage collectif récemment édité par Furrer, autour de l'émergence d'un droit privé européen.

19 Voir les critiques de Werro (Unification du droit privé), p. 298 ss ; dans le même sens, Haas, p. 163-168, relève les insuffisances de la méthode d'harmonisation par le biais des directives européennes.

20 Ce qui n'est guère le cas de la jurisprudence arbitrale. Outre le fait qu'elle est censée être couverte par la confidentialité de l'arbitrage, la jurisprudence arbitrale publiée l'est souvent d'une manière qui empêche l'analyse. En effet, les faits, voire les clauses contractuelles litigieuses, ne ressortent pas toujours des extraits publiés. Il faut alors lire les commentaires pour comprendre l'objet du litige et les faits essentiels.

21 CISG Database : http://www.cisg.law.pace.edu/

22 http://www.unilex.info/ (Unidroit).

23 http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law.html (CNUDCI).

24 http://www.cisg-online.ch/

une importante circulation de décisions prises sur la base de textes internationaux comme la Convention de Vienne, les Principes d'Unidroit ou d'autres textes. Ces décisions sont répertoriées sur les sites en question et commentées à travers le monde. Internet est donc devenu un outil de premier ordre aussi bien pour les juges ou les arbitres que pour la doctrine.

Un exemple intéressant du rapprochement de solutions opposées, malgré un texte uniforme, est celui du délai dans lequel doit être dénoncé le défaut de conformité d'une marchandise conformément à l'art. 39 al. 1 CVIM. Dans un premier temps, le délai « raisonnable » prévu par cette disposition a été interprété de manière divergente par les juridictions nationales. La prise de conscience de ces divergences a conduit à la proposition doctrinale[25] de considérer qu'un délai d'un mois pouvait, de manière toute générale, être qualifié de raisonnable pour des biens durables. Une cour supérieure suisse, notamment, s'est inspirée de cette proposition dans une décision (traduite en anglais) qui a fait le tour du monde[26]. C'est ainsi que, progressivement, l'on peut espérer une application convergente de dispositions qui révèlent des divergences fondamentales résultant, en l'espèce, du fait que pour certains ordres juridiques un délai de plusieurs mois reste raisonnable, alors que pour d'autres le caractère raisonnable du délai se compte en jours. Les commentaires doctrinaux de telles décisions profitent, eux aussi, d'une publicité nouvelle induite par les moteurs de recherche des sites mentionnés[27].

De la doctrine à l'enseignement, il n'y a qu'un pas. L'importance de l'enseignement, comme facteur d'harmonisation du droit, est soulignée depuis quelques années[28]. Il s'agirait ainsi non seulement d'enseigner les solutions résultant de textes nationaux, mais de partir de la réalité de problèmes se posant au juriste pour examiner les solutions possibles développées par les différents ordres juridiques, de manière à dégager une solution désirable qui serait généralement acceptable. L'exemple des universités américaines est souvent cité, dans lesquelles l'enseignement n'est pas centré sur le droit (privé) d'un Etat, mais sur les principes communs aux Etats de la Fédération. Cela permet au juriste formé dans un Etat d'être efficace dans les quarante-neuf autres Etats. L'intérêt de l'*American Law Institute* dans la quête de l'harmonisation a conduit F. Werro à proposer la création d'un Institut de droit européen[29],

---

25 Werro (Responsabilité du vendeur), p. 299 s.

26 OGer Luzern, 08.01.1997, RSDIE 1997 132 ; commenté not. par Honnold, Art. 38 N 252 ; CISG Ko-Schwenzer, CISG 39 N 17 et réf. cit. n. 58 à 62f.

27 CISG-Database [http://www.cisg.law.pace.edu/] recense 1700 écrits doctrinaux et contient, en extraits, des commentaires importants comme ceux de Schlechtriem/Schwenzer ou de Honnold.

28 Voir récemment, Werro (Unification du droit privé), p. 296 ss, qui prône un « renouvellement de l'enseignement du droit » ; Kadner Graziano (Européanisation du droit privé), p. 248 ss.

29 Werro (Unification du droit privé), p. 298 ss.

idée reprise par le Professeur G. Petitpierre[30] pour le droit suisse dans le but de proposer un *Restatement* de la partie générale du Code des obligations.

Ce rapide panorama montre tout l'intérêt que présente l'harmonisation internationale pour un ordre juridique interne. Le moment est venu de vérifier ce qu'elle peut apporter au droit suisse des obligations.

II. Nécessité d'une intervention législative

Il convient tout d'abord de vérifier s'il existe un besoin de légiférer en droit suisse des obligations. A ce titre, je relèverai trois motifs contre une intervention législative, auxquels j'opposerai toute une série de motifs en faveur d'une telle intervention.

A. Trois motifs pour ne pas intervenir

Un si beau droit supplétif

Pourquoi donc le législateur suisse devrait-il écouter les muses de l'harmonisation internationale et réformer son droit des obligations ? Après tout, le Code des obligations est une belle œuvre, pensée par un législateur pragmatique, plus soucieux d'apporter des réponses utiles à des problèmes concrets que d'élaborer de savantes constructions dogmatiques. Les règles qu'il contient gardent toute leur actualité et sont en principe équilibrées entre des intérêts typiquement opposés, exprimées de façon simple et brève, sous forme de principes généraux plutôt que d'une réglementation de détail. Les règles du Code des obligations revêtent un caractère de directives, ce qui a d'ailleurs été souligné lors des deux jours de colloque en l'honneur du Professeur G. Petitpierre. Dans un autre cadre, M. Fontaine a exprimé l'admiration d'un observateur étranger averti « pour [une] codification qui a très bien vieilli et qui reste un exemple d'élégance et de clarté »[31].

Qui plus est, le Code des obligations régit le domaine par excellence dans lequel il vaut le moins la peine d'intervenir. Les règles qu'il prévoit sont essentiellement de nature supplétive. Les réformer représenterait une perte de temps pour le législateur. C'est, après tout, aux parties elles-mêmes de régler leurs relations juridiques. Le principe fondateur du droit des obligations, celui de l'autonomie de la volonté, tend précisément à ouvrir cet espace de liberté aux parties[32].

---

30 Voir la Leçon de Gilles Petitpierre, dans sa conclusion.

31 Fontaine (Processus de formation), p. 227. Voir aussi, Thévenoz (Fragments de conclusions), p. 379.

32 Voir les réflexions de Farnsworth, p. 103, sur le rôle des parties au contrat.

Au surplus, toute tentative de réviser le droit des obligations suscite automatiquement une réaction négative viscérale[33]. Il ne faut pas sous-estimer la valeur symbolique d'un code, ciment d'une identité nationale[34]. Si une telle affirmation, quelque peu grandiloquente, paraît aujourd'hui dépassée, il reste que la réticence fondamentale à modifier un texte aussi important que le Code des obligations s'explique certainement, en partie du moins, par la valeur symbolique de celui-ci pour le juriste, voire le citoyen, suisse.

Le juge, un oreiller de paresse pour le législateur

Le législateur a eu la sagesse de laisser un important pouvoir au juge dans l'application des règles du droit privé, qu'il s'agisse du pouvoir d'interpréter des notions juridiques indéterminées (art. 1 al. 1 CC) ou de trancher en équité (art. 4 CC). Ce pouvoir est plus étendu encore en matière contractuelle. En effet, il est admis comme une évidence que le juge peut non seulement compléter la loi, mais également le contrat[35]. En (bonne) théorie, on distingue d'un côté le complètement général et abstrait des règles supplétives, de l'autre, le complètement individuel du contrat lacunaire lui-même[36]. Le juge peut compléter la réglementation légale. Il peut aussi compléter la convention des parties. Pourquoi donc prendre la peine de modifier le droit des contrats, puisque le juge peut compléter aussi bien le droit supplétif que le contrat individuel ? Si l'on peut éventuellement regretter une forme de démission du législateur en faveur du juge[37], il n'en demeure pas moins que ce système souple a fait ses preuves.

Ne pas céder à la mode

Pour terminer, l'on nous dira que la mode est mauvaise conseillère. Que les législateurs allemand (avec la réforme récente du BGB), néerlandais, québécois, des Etats de l'Europe de l'Est ou de la Fédération de Russie, des pays africains membres de l'OHADA ou de la Chine, s'épuisent en vaines codifications. Quant à nous, ne nous laissons donc pas emporter par la vague réformatrice.

B. Tant de motifs pour intervenir

Nonobstant ces trois bonnes raisons de s'abstenir, de sérieux motifs plaident en faveur d'une intervention législative. L'absence de règles relatives au

---

33 Réaction qui se traduit par un tranchant « touche pas mon code ! ».

34 Basedow (Codification), p. 312 et n. 38, commence son énumération des différentes fonctions du code (p. 311 ss) par la fonction unificatrice.

35 Corboz (Réception du contrat), *passim* ; Chappuis (Intervention du tribunal), p. 65 ss.

36 Gauch (Auslegung), p. 222 ss ; CR CO I-Thévenoz, Intro. art. 184-529, N 43-51.

37 Ce que Kramer (RDS 2005), p. 423, nomme « *Flucht in Richterrecht* ».

contrat comme rapport d'obligation nuit à la sécurité juridique. La carence est particulièrement criante lorsque sont en cause l'inexécution ou la fin d'un contrat de service. Le caractère insatisfaisant des règles sur la prescription et la place grandissante de la remise du gain sans clarification correspondante de la portée de cette prétention représentent des pierres d'achoppement supplémentaires.

L'obligation qui cache le contrat

La partie générale du Code des obligations, c'est un lieu commun, est entièrement centrée sur la notion d'obligation. La construction est certes belle. Elle a l'apparence de la simplicité. Les cinq titres de la Première partie du CO dissèquent l'obligation sous ses aspects essentiels : la formation, les effets, l'extinction, les modalités et, enfin, la cession et la reprise. La partie générale n'aborde toutefois la source première des obligations, le contrat, que sous un seul aspect, celui de sa formation. Les art. 1 à 183 CO ne traitent, de manière systématique et générale, ni de l'inexécution du contrat, ni de la fin de celui-ci. Obnubilée par l'obligation, la partie générale renvoie pour ce qui touche au contrat, au rapport d'obligation dans son ensemble, à la partie spéciale. Cette myopie comporte des désavantages. L'on songe en particulier à la fin des contrats de durée (1) et à l'inexécution des contrats (2).

(1) La fin des contrats de durée

La partie générale n'a prévu aucune règle sur la fin des contrats de durée. Il aurait pourtant été indispensable d'accorder à toute partie à un contrat de durée le droit d'y mettre fin moyennant un délai raisonnable[38]. Il aurait également fallu prévoir que les contrats de durée sont susceptibles de résiliation immédiate en cas de justes motifs et déterminer les conséquences d'une résiliation immédiate injustifiée. Le législateur a réglé, dans le détail, ces questions essentielles pour les contrats de bail[39], de travail et d'agence[40] et, de manière plus concise, pour le contrat d'entretien viager (art. 527 CO) ou le contrat de société simple (art. 545 al. 1 ch. 7 CO). Pour les autres contrats, il « s'est contenté d'un saupoudrage dans la partie spéciale »[41]. Le silence est particulièrement assourdissant en matière de contrats innommés.

---

[38] A l'instar de ce que prévoient les Principes d'Unidroit (art. 5.1.8) ou les Principes Européens (art. 6:109).

[39] Résiliation unilatérale du contrat de bail de durée indéterminée moyennant respect des termes et délais de congé prévus : art. 266a CO (principe) et 266b CO ss (délais) ; résiliation immédiate pour justes motifs : art. 266g-h CO ; le congé injustifié est inefficace : ATF 122 III 92, JdT 1996 I 595 ; ATF 121 III 156, JdT 1996 I 91.

[40] Résiliation unilatérale du contrat de travail de durée indéterminée moyennant respect des délais de congé prévus : art. 335 CO (principe) et 335a CO ss (délais) ; résiliation immédiate pour justes motifs : art. 337-337b CO ; conséquences de la résiliation injustifiée : art. 337c CO. La même réglementation vaut pour le contrat d'agence par renvoi de l'art. 418r al. 2 CO aux règles du contrat de travail.

[41] Marchand, p. 97.

Certes, le juge a fait œuvre de législateur sur ces points (art. 1 al. 2 CC). En premier lieu, la jurisprudence proscrit les contrats conclus pour l'éternité[42], mais le fondement du principe est incertain : limitation excessive de la liberté (art. 27 al. 2 CC), exercice des droits fondés sur le contrat dans les limites des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) ou invocation abusive du contrat (art. 2 al. 2 CC), théorie de l'imprévision ou réduction téléologique d'un contrat partiellement nul (art. 20 al. 2 CO) ? L'imprécision du fondement jette son ombre sur les conséquences du principe comme le montrent les décisions citées plus haut[43].

Sur le second point, la jurisprudence a posé en règle générale que tout contrat de durée peut être résilié immédiatement pour de justes motifs[44]. Elle en a même fait un élément de l'ordre public international de la Suisse[45]. En revanche, la méthode du droit prétorien montre toutes ses limites lorsqu'il faut décider des conséquences d'une résiliation injustifiée. Une telle résiliation est-elle inefficace à l'instar de la résiliation injustifiée d'un contrat de bail ? Est-elle valable, mais assortie de l'obligation d'indemniser l'autre partie sur le modèle du contrat de travail ? S. Marchand[46] a, de manière pertinente, mis en lumière cette difficulté à propos de deux arrêts du Tribunal fédéral datant de la même année[47]. La première décision considère comme valable la résiliation immédiate injustifiée d'un contrat d'agence, mais impose à la partie qui résilie le paiement de dommages-intérêts. La seconde décision, en revanche, admet qu'il n'est pas contraire au droit fédéral d'ordonner à titre conservatoire l'exécution d'un contrat de distribution dans le cadre de mesures provisoires, nonobstant la résiliation notifiée par l'une des parties. Dans le premier cas, la résiliation injustifiée est considérée comme valable, alors que dans le second, elle ne déploie pas d'effet.

La contradiction entre ces deux décisions (de la même année) montre que la solution ne peut pas relever du juge dont la vision est nécessairement bornée par les cas qui lui sont soumis. Le problème des conséquences de la résiliation injustifiée d'un contrat de durée mériterait une solution dans la partie générale du Code des obligations[48].

---

42 ATF 114 II 159 c. 2, JdT 1989 I 2 ; ATF 113 II 209, JdT 1988 I 160 ; ATF 107 II 216, JdT 1982 I 66.

43 Cf. n. 42.

44 TF, SJ 2003 I 425 ; ATF 122 III 262, 265 c. 2a.aa ; ATF 92 II 299 c. 3b. CR CO I-Thévenoz, Intro. art. 184-529 N 44 et réf. cit. n. 37.

45 Cf. art. 17 LDIP ; TF 4P.172/1999 *in* Bulletin ASA 2001 787, c. 5d.

46 Marchand, p. 101 ss, 104 ss.

47 ATF 125 III 14 c. 2a et 451 c. 3c (mesure provisoire en exécution du contrat confirmée, mais la question est examinée sous l'angle de l'arbitraire). Voir le commentaire de Vulliéty, *passim*.

48 Comp. CR CO I-Thévenoz, Intro. art. 184-529 N 44 *in fine*.

(2) L'inexécution des contrats

La seconde insuffisance de la partie générale a trait au chapitre de l'inexécution[49], réglé par les art. 97 à 109 CO, sous le titre « Des effets de l'inexécution des obligations ». Ces dispositions sont doublement insatisfaisantes. Visant l'obligation, et non le rapport d'obligation, elles ne prennent pas en considération l'incidence de l'inexécution d'une obligation sur les obligations corrélatives. Sous réserve de deux dispositions relatives aux contrats bilatéraux, l'impossibilité subséquente non imputable au débiteur (art. 119 al. 2 CO) et la résolution consécutive à la demeure du débiteur (art. 107 al. 2 et 109 CO), le sort du contrat reste incertain sur la base de la seule partie générale. La possibilité de résoudre le contrat en cas d'inexécution fautive, préconisée par la doctrine largement majoritaire[50], n'a, jusqu'ici, pas été confirmée par la jurisprudence[51].

Le système de l'inexécution est, en outre, insatisfaisant en ce qu'il se concentre sur les causes de l'inexécution et reste plus que laconique sur les conséquences de celle-ci, soit les moyens à disposition créancier en cas d'inexécution. L'unique moyen prévu est celui de l'indemnisation du dommage subi par le créancier (art. 97 al. 1 CO). Nulle place pour la résolution comme moyen généralement ouvert au créancier, sans parler de la réparation, du remplacement ou de la réduction de la contre-prestation. Ce sont les règles applicables à certains contrats spéciaux qui permettent de reconstituer la panoplie complète des moyens ouverts au créancier. Et encore, la jurisprudence a-t-elle dû inventer la réduction de la rémunération due au mandataire en cas de mauvaise exécution du mandat[52]. Les sanctions de l'inexécution sont boiteuses, conçues dans un équilibre instable entre les deux parties du Code des obligations. Si l'on peut s'en contenter tant qu'un contrat trouve effectivement une réglementation dans la partie spéciale, il n'en va pas de même pour les contrats innommés. On peut se demander s'il s'agit là d'un souci de professeurs. Comme l'a abondamment montré le débat suscité par un chariot élévateur (sans commande automatique) devenu fameux[53], un système écartelé entre la demeure, prévue par la partie générale, et les garanties de la partie spéciale conduit à de fâcheux problèmes de délimitation, donc d'insécurité juridique.

---

49 Chappuis (Contrat dans tous ses états), p. 329 ss.

50 Cf. Petitpierre (Responsabilité pour inexécution), p. 263 et réf. cit. n. 26.

51 CR CO I-Thévenoz, CO 97 N 63 n. 117 ; Chappuis (Compatibilité du droit suisse), p. 331.

52 ATF 124 III 363, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38.

53 ATF 121 III 453, JdT 1997 I 199. La décision, abondamment commentée, a été critiquée très sévèrement par Kramer (Aliud), *passim ;* Koller, *passim*, montre de manière convaincante que la renonciation à la distinction entre *aliud* et *peius*, pour justifiée qu'elle soit en théorie, aboutirait à traiter l'acheteur, soumis aux règles suisses de la garantie, avec une sévérité désormais abandonnée même par le droit allemand.

La comparaison avec les instruments internationaux (CVIM, PU, PE) est particulièrement révélatrice sur ce point. Ceux-ci connaissent un système centré, non sur les causes de l'inexécution, mais sur le « manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations » (art. 7.1.1 PU)[54] et prévoient un catalogue de moyens ouverts au créancier lorsque les conditions en sont réunies. Un tel système permet de résoudre les problèmes d'inexécution de manière plus harmonieuse[55].

Le contrat de services de durée : inconnu au bataillon

Les contrats nommés, pour l'essentiel, par le législateur de 1881, ne rendent pas compte de la réalité économique à laquelle est confronté le juriste du début du 21e siècle. Le siècle dernier a été celui d'un développement effréné du secteur tertiaire[56], qui s'est traduit – sur un plan strictement juridique – par l'invention de nouveaux types de contrats, en particulier dans le domaine des services[57]. La partie spéciale du Code des obligations se fonde sur une classification des contrats selon leur objet : aliénation, mise à disposition de biens, services rendus à titre dépendant ou indépendant et, au sein de cette dernière catégorie, services indépendants de résultat et de moyens. Or, le Code des obligations ne connaît, pour tout contrat de service indépendant, que le contrat d'entreprise (dit de résultat) et le contrat de mandat (dit de moyen). Pour satisfaisante qu'elle paraisse, cette opposition est plus que réductrice du point de vue des services susceptibles d'être promis. Elle ne fait en tout cas pas justice à l'inventivité des acteurs du commerce national et international, ni aux besoins de ceux-ci.

Le choix fondamental entre mandat et entreprise proposé par la partie spéciale ne suffit plus. L'élément de durée n'est pris en compte ni par les règles sur l'entreprise, ni par celles sur le mandat. Même si la durée intervient dans l'exécution de l'ouvrage comme dans celle du service faisant l'objet d'un mandat, ni l'entrepreneur ni le mandataire ne promettent l'exécution d'une dette durable[58]. Le choix trop limité entre mandat et entreprise engendre deux difficultés s'agissant des contrats de services de durée, qui ne font que refléter

---

54 Voir aussi les art. 45(1) et 61(1) CVIM, l'art. 8:101(1) PE.

55 CR CO I-Thévenoz, Intro. art. 97-109 N 2 ss ; Chappuis (Compatibilité du droit suisse), p. 330 s.

56 Dessemontet, p. 105 s.

57 Leuenberger, p. 18, qui élabore, à propos des contrats innommés, la notion de type développé par la pratique des affaires (*verkehrstypische Innominatverträge*), par opposition au type légal : p. 59.

58 Le contrat d'entreprise n'est pas un contrat de durée ; fût-il prévu « à long terme », il n'est pas conclu pour une durée déterminée ou indéterminée (B. Chappuis, p. 360 s.). « Cela se manifeste par le fait que la loi ne prévoit pas l'écoulement du temps ou la dénonciation du contrat comme une cause ordinaire de la fin du contrat » (Gauch (Contrat d'entreprise), N 9). C'est la raison pour laquelle Gauch (Contrat d'entreprise), N 322 ss, considère que le contrat d'entreprise de durée est un contrat innommé ; cf. dans le même sens, ATF 130 III 458.

les deux insuffisances de la partie générale du Code des obligations, relevées plus haut.

(1) La fin des contrats de services de durée

Dans la mesure où les parties font usage de leur liberté contractuelle et fixent elles-mêmes la durée du contrat, la fin d'un contrat de services de durée ne devrait pas causer de problèmes majeurs. Toutefois, si le rapport doit être qualifié de mandat, le rédacteur se heurte à l'art. 404 CO dont le caractère impératif, quoique vivement controversé, est toujours admis par le Tribunal fédéral[59]. La qualification de mandat empêche une réglementation conventionnelle adéquate de la durée du fait que l'art. 404 CO fait échec à un terme et/ou une durée contractuels. Il en va de même lorsqu'un contrat est qualifié d'innommé (à la fois mixte et *sui generis*), mais soumis à l'art. 404 CO en raison du rapport de confiance entre les parties, malgré le fait que ce contrat (« de collaboration ») ait été conclu pour une durée déterminée et qu'il ne soit résiliable que pour de justes motifs ou d'un commun accord[60]. Cette jurisprudence est plus que problématique pour le praticien confronté à la rédaction de clauses relatives à la fin d'un contrat de services de durée[61].

Que l'on renonce au caractère impératif de l'art. 404 CO ou que l'on admette l'existence de contrats de services de durée *sui generis* échappant à la stricte application des règles du mandat (i.e. de l'art. 404 CO), cette disposition ne constitue de toute façon pas une réglementation idoine de la fin d'un contrat

---

59 ATF 117 II 466 c. 5d, JdT 1992 I 387 ; ATF 115 II 464 c. 2, JdT 1990 I 312. Le Tribunal fédéral des assurances a exprimé des doutes sur le caractère impératif de l'art. 404 CO in ATF 120 V 299 c. 4b ; la Ire Cour civile du Tribunal fédéral a toutefois – en apparence – clarifié la situation dans un arrêt (malheureusement) non publié 4C.447/2004 du 31 mars 2005 c. 5.4 : « Il convient encore de préciser que, malgré les doutes exprimés par le Tribunal fédéral des assurances dans l'arrêt cité par la demanderesse (ATF 120 V 299 consid. 4b p. 305 s.), le caractère impératif de l'art. 404 al. 1 CO a été affirmé à réitérées reprises dans la jurisprudence (ATF 115 II 464 consid. 2 ; plus récemment arrêt 4C.342/1996 du 3 mars 1997, consid. 4d). Celle-ci est critiquée par une partie de la doctrine, en particulier pour ce qui est de son application aux contrats mixtes qui incluent le mandat, mais qui ne sont pas dominés par un rapport spécifique de confiance (cf. Tercier, op. cit., n. 4800 ss p. 691 s. ; Werro, Commentaire romand, n. 16 s. ad art. 404 CO ; Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., Berne 2000, p. 508 ss). Il n'est toutefois pas nécessaire de se pencher plus avant sur cette querelle dès lors qu'en l'espèce, et comme précédemment relevé, les parties se trouvaient manifestement dans un rapport de confiance. ».
La doctrine majoritaire critique, en effet, le caractère impératif de l'art. 404 CO : Gauch (Auftrag), *passim*, montre l'incohérence de la jurisprudence du Tribunal fédéral quant à l'application de l'art. 404 CO aux contrats de durée ; Morin (Mandat), p. 139 s. ; Tercier, N 4798 ss, 4934 et réf. cit. ; BSK OR I-Weber, art. 404 CO, N 9 ss. Voir également B. Chappuis, p. 362 ss et sa proposition de modification de l'art. 404 CO en p. 367.

60 TF, 4C.447/2004 du 31 mars 2005 c. 3.2 et 5, mentionné n. 59.

61 Par exemple, contrats informatiques, contrat d'entretien d'installations diverses, contrat d'enseignement ou de fitness, contrat de consultant ou de management d'hôtel, contrat de gérance d'immeuble (qualifié de mandat par la jurisprudence : ATF 106 II 157, JdT 1980 I 370 ; TF, SJ 1989 521 ; critique : Tercier, N 4934 ; certains auteurs retiennent la qualification de contrat *sui generis* : Montavon, 283 ss, 698 ss ; voir aussi, Leuenberger, p. 32 ss, 34, etc.).

de durée. L'écoulement du temps ou la dénonciation comme cause ordinaire de la fin du contrat ne sont prévus ni par les dispositions sur le mandat (art. 404-405 CO), ni par celles sur le contrat d'entreprise (art. 375-379 CO)[62]. Les règles sur le contrat de travail comportent des dispositions très complètes sur la fin des rapports de travail (art. 334 à 340c CO). Elles ne visent toutefois que les services rendus à titre dépendant et reflètent le besoin de protection du travailleur. En ce qui concerne les services indépendants, aucun des deux modèles proposés par le législateur ne prévoit une réglementation adéquate de la durée.

(2) L'inexécution des contrats de services de durée

Le second problème empêchant un traitement juridique prévisible des contrats de services de durée a trait à l'inexécution. Le choix porte sur la garantie de l'entrepreneur pour les défauts (art. 367 à 371 CO) ou la responsabilité du mandataire (art. 398 CO). Ces règles ne tiennent pas non plus compte de la durée des services rendus, puisque les deux modèles considérés ne visent pas des rapports durables. Si le cocontractant lésé a la malchance de voir le contrat qualifié de contrat d'entreprise – portant, le cas échéant, sur un ouvrage immatériel[63] – il se verra opposer la prescription courte de la garantie de l'entrepreneur (art. 371 al. 1 CO renvoyant à l'art. 210 al. 1 CO) au lieu de bénéficier de la prescription longue d'une prétention en responsabilité contre le mandataire (art. 398 et 127 CO)[64].

Comment raisonner lorsque la prestation est durable ? Ni l'avis immédiat des défauts (art. 367 al. 1 CO), ni la prescription courte de l'art. 371 al. 1 CO, ne paraissent opportuns lorsqu'un contrat de durée est en cause. Le fait que le contrat soit de durée ne le transforme pas *ipso facto* en mandat, contrat qui pose moins de problèmes du point de vue de la prescription. Une autre solution pourrait s'inspirer du régime de garantie prévu par le bail, modèle d'un véritable contrat de durée (art. 259a ss CO). La focalisation outrancière sur la distinction entre mandat et entreprise nuit cependant à la recherche d'une solution raisonnable en dehors de ces contrats.

---

62 La question du caractère impératif ou dispositif de l'art. 377 CO est laissée ouverte par la jurisprudence : ATF 117 II 273 c. 4.a, JdT 1992 I 290. Pour la majeure partie de la doctrine, il s'agit de droit supplétif : CR CO I-Chaix, CO 377 N 20 et réf. cit. n. 68 ; Tercier, N 4405 ; Gauch (Contrat d'entreprise), N 583 ss.

63 CR CO I-Chaix, CO 363 N 9. ATF 127 III 328 c. 2.a, SJ 2002 I 103.

64 L'ATF 130 III 458 est révélateur de cette insécurité juridique. Il nie la responsabilité d'une partie qui contrôle deux extincteurs, dont l'un ne fonctionne pas lors d'un incendie survenu moins d'un mois plus tard. La prétention est considérée comme prescrite (art. 371 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral retient que « [e]n l'absence de tout élément de durée pouvant impliquer d'éventuels conseils sur les mesures à prendre pour la lutte contre l'incendie et l'entretien à long terme des extincteurs, on ne peut que confirmer la qualification juridique de contrat d'entreprise » (p. 462). On se demande dès lors quelle serait la solution en présence d'un élément de durée.

En conclusion, il semble bien que, dans le grand magasin du droit des obligations, les vêtements exposés au rayon de la partie spéciale sont mal taillés pour les services de durée.

La prescription erratique

Un autre défaut du droit suisse des obligations a été récemment mis en lumière. Il concerne les règles sur la prescription. La publication presque simultanée de la troisième partie des Principes Européens (2003) et du chapitre 10e des Principes d'Unidroit (2004) a fait office, si besoin était, de révélateur des carences que présente le régime suisse de la prescription. L'un des rapporteurs de langue allemande à la Société suisse des juristes en 2003, P. Loser-Krogh, a ainsi relevé que le droit de la prescription méritait une révision d'ensemble[65].

L'on pourrait multiplier les exemples de contorsions jurisprudentielles destinées à résoudre les problèmes liés à la prescription. La valse entourant actuellement les prétentions en remboursement fournit une belle illustration de la difficulté. Si la prétention en remboursement est d'ordre contractuel, elle bénéficie du délai décennal de l'art. 127 CO ; fondée sur l'enrichissement illégitime, elle est généralement prescrite au moment où l'ayant droit s'avise de l'existence de sa prétention (art. 67 al. 1 CO). Le pronostic sur la question de savoir si une prétention en remboursement est atteinte par la prescription ou non est, plus que jamais, aléatoire[66].

Second exemple, la pratique – aussi répandue que justifiée – de la renonciation à la prescription souffre d'une double incertitude, quant à sa validité de principe et quant à ses effets. Le Tribunal fédéral vient d'y mettre un terme en modifiant sa jurisprudence antérieure dans une décision[67] qui tente de donner un sens raisonnable aux art. 129 et 141 al. 1 CO. Les praticiens auront été heureux d'apprendre, en premier lieu, que les déclarations de renonciation à la prescription – qu'ils reçoivent depuis des décennies dans la crainte que leur validité ne soit ultérieurement remise en cause – sont bel et bien valables, pour autant qu'elles n'interviennent pas avant la naissance de l'obligation. En second lieu, la faculté de renoncer à la prescription est reconnue tant pour les délais fixés « dans le présent titre » (i.e. le Titre IIIe, De l'extinction des obligations) que pour tous les autres délais, nonobstant l'art. 129 CO[68]. L'on apprend, enfin, qu'il est possible de renoncer à la prescription pour une certaine durée[69]. En revanche l'arrêt ne précise pas si la

[65] Loser-Krogh, p. 197 ss, 217 s.

[66] Sur l'ensemble de la question, voir Chappuis (Enrichissement illégitime), p. 29 ss, 32 ss et réf. cit.

[67] ATF 132 III 226 c. 3.3.

[68] Contrairement à la jurisprudence antérieure : ATF 99 II 185, JdT 1974 I 46.

[69] Dans ce sens déjà, CR CO I-Pichonnaz, CO 141 N 4.

renonciation sans indication de durée équivaut toujours[70] à une interruption de la prescription faisant repartir un délai identique au délai initial[71]. Tel est probablement le cas.

Il convient, en conclusion, de donner raison à P. Loser-Krogh : la prescription, elle aussi, prend l'eau. Le récipiendaire du présent ouvrage, dans la première de ses quatre illustrations de l'incohérence actuelle de la partie générale du Code des obligations[72], me conforte dans cette appréciation.

La restitution des profits illégitimes : mystérieuse et troublante

L'on revient volontiers à ses premières amours. J'ai développé, voici une quinzaine d'années, la restitution des profits illégitimes comme une sanction possible de la violation d'un contrat[73]. Hérésie pour certains, l'idée fait pourtant son chemin dans la jurisprudence[74] et la doctrine[75]. Elle a ainsi notamment convaincu celui auquel ces lignes s'adressent[76]. Les praticiens commencent à s'y intéresser. L'enjeu est de taille, car les montants réclamés peuvent être considérables. Il s'agit d'inverser le raisonnement classique, tournant le dos au dommage subi par la partie lésée pour s'intéresser aux profits réalisés par l'autre partie par suite de la violation de ses devoirs. C'est sur l'art. 423 CO que se fonde la remise du gain[77]. De par son caractère général, la remise du gain mériterait quelques précisions et une place dans la partie générale[78], ce d'autant plus que, depuis une vingtaine d'années, le législateur complète la réparation du dommage par une action en remise du gain dans les cas d'atteinte à la personnalité, d'acte de concurrence déloyale ou de violation de droits de propriété intellectuelle[79].

---

70 Dans ce sens, ATF 112 II 231 c. 3e.

71 CR CO I-Pichonnaz, CO 141 N 4.

72 Voir la contribution de Gilles Petitpierre, 3.a).

73 Chappuis (Profits illégitimes), p. 125 ss, 138 ss ; *ibid.* (Remise du gain), p. 62 s.

74 L'ATF 126 III 69 c. 2b admet que la violation d'un droit contractuel, tout comme celle d'un droit absolu, sont susceptibles d'obliger à la remise du gain. Cette décision admet-elle la remise du gain, de manière exceptionnelle, en cas de violation d'un contrat ou est-elle, comme je le crois, susceptible de généralisation ?

75 Voir Chappuis (Enrichissement illégitime), p. 42 ss et réf. cit. Pour une position plus restrictive, cf. Hofstetter, p. 268 ss.

76 Voir la Leçon de Gilles Petitpierre, 3.b.aa).

77 Tercier, N 5372 ; CR CO I-Petitpierre, CO 62 N 47-49 ; Petitpierre (Enrichissement illégitime), *passim* ; CR CO I-Héritier-Lachat, CO 423 N 17. Certains auteurs préfèrent rattacher la remise du gain à l'enrichissement illégitime : par ex., Schluep, *passim*.

78 Parmi beaucoup, CR CO I-Héritier-Lachat, CO 423 N 3.

79 Cf. les dispositions prévoyant « la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires » : art. 28a al. 3 CC, 9 al. 3 LCD, 55 al. 2 LMF, 62 al. 2 LDA, 15 al. 1 LPD, 10 al. 1 Lto, 12 al. 1 litt. c LCart et 35 al. 2 LDes. Il s'agit généralement de situations dans lesquelles un acte illicite est commis.

Deux propositions ont été formulées. La première[80] (d'un point de vue chronologique) consisterait à introduire un nouveau Chapitre IV – intitulé « De l'obligation de remettre le gain » – après celui relatif à l'enrichissement illégitime, dans le Titre I^er^ (De la formation des obligations) du Code des obligations. La seconde, développée dans une thèse récente de valeur[81], préconise la suppression de l'art. 423 CO à la faveur d'une révision complète des règles sur l'enrichissement illégitime.

Les praticiens commencent à imaginer tout ce qu'ils pourraient tirer d'une telle prétention en remise du gain. Mais trop de questions demeurent controversées, qu'il est grand temps de résoudre.

Le droit suisse des contrats peut-il garder la cote ?

Etant donné ces défauts, on peut se demander si le droit suisse des contrats conserve son traditionnel attrait pour les juristes étrangers. On le dit, le droit suisse est souvent choisi comme droit applicable au contrat pour son caractère neutre. Les mauvaises langues ajouteront qu'il est choisi surtout parce qu'aucune des parties ne le connaît. Quelles qu'en soient les motivations, ce choix attire litiges et arbitrages en Suisse. Le danger est grand que cet engouement ne disparaisse. Le droit suisse des obligations est certes neutre, mais il est démodé par rapport à des codifications récentes comme celles des Pays-Bas, du Québec, des Etats d'Europe de l'Est, de la Fédération de Russie, sans parler de la réforme allemande du BGB. Par ailleurs, le droit suisse doit faire face à la concurrence nouvelle des Principes d'Unidroit et des Principes Européens, qui ne cessent de s'enrichir de chapitres supplémentaires et peuvent être choisis par les parties (par incorporation ou choix à titre de droit applicable)[82].

---

80 Chappuis (Restitution), p. 346 s.

81 Bürgi-Wyss, p. 279-285.

82 La question de savoir si les parties peuvent choisir les Principes d'Unidroit à titre de droit applicable au contrat sur la base de l'art. 116 al. 1 LDIP est controversée. Le récent ATF 132 III 285 c. 1.2 y fait une allusion, mais ne tranche pas. En effet, les parties avaient choisi les « FIFA rules » (c. 1), auxquelles la qualité de « droit applicable » est refusée (à juste titre).
Il ne paraît, en revanche, pas douteux que les Principes d'Unidroit puissent être choisis à titre de « règles de droit » au sens de l'art. 187 al. 1 LDIP dans le cadre d'un arbitrage international. Sur cette question, voir récemment, Dutoit, p. 387, favorable à l'application des Principes d'Unidroit par élection de droit également devant les juridictions étatiques conformément à l'art. 116 al. 1 LDIP.
Dans l'hypothèse où une véritable élection de droit ne serait pas admise, il reste aux parties la possibilité d'incorporer les Principes d'Unidroit dans le contrat par un renvoi, comme elles le feraient de conditions générales, ce qui rendrait ceux-ci applicables à titre de *lex contractus* (*nur aber immerhin*).

III. Mais que fait le législateur ?

Il faut reconnaître que le législateur s'est occupé du droit des obligations au cours du 20e siècle (A.). Face aux réformes profondes de pans entiers du Code civil – l'adoption, la filiation, les droits de la personnalité, les effets du mariage et le régime matrimonial, puis le divorce ; l'introduction de la propriété par étages, le droit de superficie, les droits de préemption, d'emption et de réméré –, face aux réformes abouties et en cours du droit commercial, face à la multiplication des lois de droit public, le droit des obligations fait figure de parent pauvre. Et pourtant, quelques nouveautés dans la partie générale seraient de nature à répondre aux doléances décrites plus haut (B.).

A. Ce qu'il a fait

Le législateur n'est pas resté inactif. Il a modifié la partie spéciale du Code des obligations et, dans une moindre mesure, la partie générale. Il a adopté quelques conventions internationales de droit uniforme. Enfin, il a pris le parti de transposer volontairement quelques directives européennes.

Les petites et les grandes modifications du CO

La partie générale et la partie spéciale du Code des obligations ont fait l'objet de modifications visant principalement leur texte (qualifiées ici de « grandes ») ou faisant l'objet d'annexes à des modifications visant d'autres textes (qualifiées de « petites »).

La partie générale est restée relativement stable au cours du siècle dernier. La modification la plus importante, en nombre de dispositions, si ce n'est du point de vue de leur application, concerne l'introduction d'un droit de révocation en matière de démarchage à domicile (art. 40a à 40f CO)[83]. Ces dispositions, d'inspiration européenne[84], ont été modifiées à la faveur de la procédure *Swisslex*[85]. La motivation en est à chercher dans un engouement consumériste, accentué par l'échec de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen, que B. Stauder a cependant qualifié de « phénomène passager »[86].

Au chapitre des « petites » modifications de la partie générale, on signalera les nouvelles (et passionnantes) dispositions de responsabilité civile sur

---

83 FF 1986 II 360, 392 ss ; FF 1992 V 384 ; FF 1993 I 757, 829, 923 ; FF 1993 II 962-963.

84 Directive 85/577 du 20 décembre 1985 ; JOCE 1985 L 372/31.

85 Voir CR CO I-Stauder, Intro. art. 40a-40f, N 1-2.

86 Cf. la contribution de Bernd Stauder au présent ouvrage, III.

les animaux (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)[87], que le législateur a introduites pour un motif d'ordre sentimental, avant tout[88]. Plus fondamentale est l'introduction d'un nouveau chef de responsabilité incombant au titulaire d'une clé de signature (art. 59a CO)[89]. Cette disposition est liée à la partie de l'Avant-projet de loi sur le commerce électronique que le Conseil fédéral, suite à l'intervention des milieux économiques, a conservée : la signature électronique a été introduite en 2005[90], alors que le reste du projet a été abandonné[91]. La nécessité de légiférer en matière de signature électronique était d'ordre économique.

La loi sur les fors a entraîné son lot de modifications annexes (abrogation de l'art. 40g CO, modification de l'art. 92 al. 2 CO)[92]. De même, la loi sur la fusion a modifié les dispositions sur la cession de patrimoine ou d'entreprise (modification de l'art. 181 al. 2 CO et abrogation de l'art. 183 CO)[93].

Quant à la partie spéciale, elle a été davantage corrigée en un siècle d'existence. En tête de liste, champion toutes catégories, le contrat de travail se singularise par les fréquentes et substantielles modifications qui l'ont affecté. Etant donné l'importance sociale et économique du contrat de travail, cela n'est guère étonnant. Ce qui étonne davantage aujourd'hui, ce sont les motivations de la refonte générale de 1971[94], qui ne tiennent pas tant à un besoin de protection du travailleur qu'à la nécessité de codifier et de clarifier

---

87 FF 2002 3885 ss, 5418 ss. A ce sujet, voir Chappuis (Animaux), *passim*.

88 Il s'agissait en effet de « tenir compte de la nouvelle sensibilité de la population à l'égard des animaux » : FF 2002 3887, FF 2002 5419.

89 FF 2003 7493.

90 Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, SCSE) du 19.12.2003, entrée en vigueur le 1.1.2005, RS 943.03. Cette loi a aussi entraîné l'abrogation de l'art. 13 al. 2 CO et l'introduction d'un nouvel art. 14 al. 2bis CO.

91 Communiqué de presse du DFJP du 9.11.2005. Voir ci-dessous, n. 117 et 118.

92 Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors) du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2001, RS 272, FF 1999 2591.

93 Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus) du 3 octobre 2003, entrée en vigueur le 1er juillet 2004, RS 221.301, FF 2000 3995.

94 LF du 25 juin 1971, entrée en vigueur le 1er janvier 1972, FF 1967 II 249, FF 1971 I 1449. On lit ainsi dans le Message du Conseil fédéral du 25 août 1967 que « Leur état de dépendance [des travailleurs] a cessé de telle sorte que ce n'est plus le salarié qui doit s'efforcer de trouver une place mais l'employeur qui est contraint de rechercher de la main-d'œuvre. [...] Sans doute le législateur ne doit-il pas se fonder uniquement sur les conditions de l'heure, mais régler également les rapports de travail compte tenu des fluctuations de l'économie et du marché du travail. Comme le plein emploi restera selon toute probabilité un but reconnu de la politique économique de l'Etat, le travailleur ne retombera plus, à l'avenir, dans l'état de dépendance où il se trouvait autrefois. » (FF 1967 II 282). Heureuse époque ! Le Conseil fédéral poursuit « Il est clair que le droit en matière de contrat de travail doit garantir et protéger les intérêts légitimes des salariés, [...]. Mais il importe également que ce droit sauvegarde les intérêts légitimes des employeurs puisqu'il doit créer un régime répondant équitablement aux intérêts des deux parties. » (FF 1967 II 283 s.).

le droit du travail. Il faudra attendre 1988[95] pour que resurgisse le besoin de protection du travailleur en cas de licenciement. Outre cela, il ne se passe presque pas une année sans modification des règles sur le contrat de travail, que l'on pense aux assurances sociales et à la prévoyance professionnelle, aux travailleurs détachés ou à la formation professionnelle, au service civil ou à l'égalité entre hommes et femmes, ou encore au transfert des rapports de travail (une autre conséquence du rejet de l'Accord EEE)[96]. Une liste précise et exhaustive serait trop longue à établir[97].

Le contrat de bail occupe une place de choix dans la liste des viennent ensuite. Il a fait l'objet d'une révision[98], plus tardive que celle du contrat de travail, mais totale, elle aussi. L'importance sociale et économique du bail n'est plus à démontrer. Le but protecteur des locataires est ici indéniable, comme l'indiquent les titres des chapitres II et III des dispositions du Code des obligations sur le bail (Protection contre les loyers abusifs, Protection contre les congés). La révision a également emporté un regroupement des dispositions applicables, puisque l'Arrêté fédéral de 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL) a été intégré aux dispositions du contrat de bail[99].

Deux modifications plus anciennes, mais substantielles, méritent une mention. Une grave crise des cautionnements, sous le poids desquels nombreux étaient ceux qui sombraient, a conduit au dépôt d'un postulat en 1933, le premier d'une longue série[100] demandant une protection plus efficace de la caution. Le législateur, reconnaissant le rôle essentiel du cautionnement comme moyen de crédit, a adopté des règles propres à améliorer « la situation de la caution, sans entraver le crédit de cautionnement dans ce qu'il a de sain et d'utile à l'économie nationale. »[101]. Aux intérêts économiques en jeu se mêlait la nécessité de protéger les débiteurs[102].

Quelques années plus tard, le législateur, répondant à une demande de l'association suisse des agents-représentants, s'est penché sur le contrat d'agence, inconnu en Suisse lors de l'adoption du Code des obligations de 1881. Le but était double. Il s'agissait « d'une part, de créer une situation juridique claire et, d'autre part, d'instituer en faveur des agents une protection

---

95 La LF du 18 mars 1988, entrée en vigueur le 1er janvier 1989, introduit de nouvelles dispositions portant principalement sur la résiliation du contrat de travail (not. art. 334-336d, 361 et 362 CO).

96 FF 1993 I 757, 829, 925 ; FF 1992 V 390.

97 Cf. not. Wyler, p. 291, 341.

98 LF du 15 décembre 1989, entrée en vigueur le 1er juillet 1990, FF 1985 I 1369.

99 Voir CR CO I-Lachat, Intro. art. 253-274g N 1-2.

100 FF 1939 II 857 s.

101 Message, 20 décembre 1939, FF 1939 II 857 ss, 865.

102 Comme le montrent les prises de position suite à la procédure de consultation : FF 1939 II 858 s.

analogue à celle dont les voyageurs de commerce bénéficient déjà. »[103]. L'éventuelle assimilation aux voyageurs de commerce ne tenait pas suffisamment compte de l'indépendance caractéristique de l'activité des agents. Reconnaissant que « les dispositions relatives aux contrats qui dérivent du mandat ne suffisent pas, parce que nous avons ici affaire à un rapport de droit durable »[104], le Conseil fédéral a admis l'existence d'une lacune de la partie spéciale, qu'il devenait urgent de combler. Le besoin était établi. Bien avant la moindre influence européenne[105], le contrat d'agence a ainsi été admis au club très fermé des contrats nommés (art. 418a à 418v CO)[106], complété par la vente à tempérament (art. 226a à 226m CO, aujourd'hui abrogés), avec paiements préalables (art. 227a à 228 CO) et la vente d'immeubles agricoles (art. 218*bis* à 218*quinquies* CO, aujourd'hui abrogés).

Du milieu du 20e siècle, revenons au début du siècle présent. Le courtage matrimonial ou, plus exactement, le « mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat » vient de prendre place aux art. 406a à 406h CO, en tant que Chapitre premier *bis*, à la suite du mandat proprement dit (art. 394 à 406 CO). Le « nouveau droit du divorce » est à l'origine de ce dernier arrivé parmi les contrats nommés[107]. Au but de l'art. 416 aCO, qui était d'éviter une commercialisation du mariage, s'est substituée la protection (apparemment) nécessaire des clients d'une agence matrimoniale contre les abus de certains courtiers[108].

En conclusion, même si le législateur s'est montré moins prolifique que dans d'autres domaines du droit privé, il n'a pas totalement chômé, du moins en ce qui concerne la partie spéciale du Code des obligations.

La ratification de conventions internationales de droit uniforme

La Suisse a adhéré à un certain nombre de conventions internationales contenant des règles de droit uniforme[109]. L'on pense en particulier au droit de change (lettre de change, billet à ordre et chèque[110], mais aussi au transport international de marchandises par route (CMR)[111] et en navigation intérieure

103 FF 1947 II 684.

104 FF 1947 II 685.

105 Cf. Directive 86/653/CEE ; JOCE L 382/17.

106 LF du 4 février 1949, entrée en vigueur le 1er janvier 1950, FF 1947 II 681.

107 LF du 26 juin 1998, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, FF 1996 I 1, 176 ss.

108 FF 1996 I 1, 177 s.

109 Exemples : Conventions de Genève du 7 juin 1930 (FF 1931 II 341) incorporées dans le Code des obligations (art. 990 ss CO) ; Convention du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (RS 0.741.611, CMR).

110 RS 0.221.554.1, RS 0.221.555.1.

111 RS 0.741.611.

(CMNI)[112]. Il a également fait siennes les règles européennes sur la computation des délais[113].

Le législateur a, surtout, ratifié la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (Convention de Vienne)[114]. Les Chambres ont adopté, à l'unanimité[115], ces règles uniformes sur la vente internationale. Les parlementaires étaient conscients du fait que les règles d'origine internationale étaient susceptibles d'entrer en contradiction avec l'ordre interne de la vente. Exemple a été pris de la limite aux prétentions en garantie fixée à deux ans par l'art. 39 al. 2 CVIM, qui est incompatible avec le délai d'un an dès la livraison du droit suisse (art. 210 al. 1 CO)[116]. Mais le législateur, dans son enthousiasme à ratifier la Convention de Vienne, a repoussé le problème. Il ne l'a pas oublié, puisque l'Avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique de janvier 2001 résolvait la contradiction en portant à deux ans le délai de l'art. 210 al. 1 CO. Mais on connaît le sort réservé à cette partie de l'Avant-projet[117]. La question n'a donc pas trouvé de réponse législative. Elle n'intéressait pas les milieux économiques[118].

Dans l'attente d'une modification législative dont les perspectives s'éloignent, les tribunaux (cantonaux) ont comblé la lacune créée par la contradiction entre les règles internes et internationales de la vente. La solution genevoise a consisté à doubler le délai annal de l'art. 210 al. 1 CO (ce qui correspond à l'Avant-projet fédéral avorté), alors que les juges bernois ont modifié le point de départ du délai de l'art. 210 al. 1 CO, fixant celui-ci au moment de l'avis des défauts[119]. Le grand commentaire germano-helvétique de la Convention de Vienne[120] porte sur la scène internationale les échos de ce combat inter-cantonal homérique. Le législateur fédéral s'étant volontairement placé en retrait, l'on en reste à ces propositions cantonales divergentes. L'important, on le reconnaît volontiers, est de ne pas considérer comme prescrite selon le Code des obligations une prétention en garantie fondée selon la Convention de Vienne.

---

112 RS 0.221.222.32.

113 RS 0.221.122.3.

114 Entrée en vigueur pour la Suisse le 1er mars 1991; RS 0.221.211.1.

115 BO CE 1989 231; BO CN 1989 1659.

116 FF 1989 I 709, 755. Voir CR CO I-Venturi, CO 210 N 16 et réf. cit. n. 32; Werro (Responsabilité du vendeur), p. 301 ss.

117 Voir la contribution de Bernd Stauder au présent ouvrage (n. 107-108).

118 Voir l'analyse de Bernd Stauder, dans ses conclusions, sur le rôle moteur joué par les milieux économiques.

119 CJ GE, RSJ 1998 146, RSDIE 1999 183; HGer BE, RSDIE 2002 142.

120 CISG Ko-Schwenzer, CVIM 39 N 29 n. 88b, 88e.

La transposition volontaire des directives européennes

Au lendemain du rejet de l'EEE, on le sait, le législateur suisse a volontairement reçu, dans le cadre du programme *Swisslex*, certaines directives européennes dont le programme *Eurolex* avait prévu la transposition en vue de l'adhésion de la Suisse. C'est ainsi notamment que les lois sur la responsabilité du fait des produits et les voyages à forfait ont été adoptées[121], ainsi que d'autres dispositions ou modifications[122].

Dix ans plus tard, le Tribunal fédéral[123], prenant acte du phénomène, a prescrit une interprétation conforme au droit européen des dispositions suisses correspondant à des directives volontairement transposées, compte tenu des changements intervenus sur le plan européen depuis l'adoption des textes suisses en question. Même si la flamme de l'européanisation du droit privé semble aujourd'hui vacillante, du moins entre les mains du législateur[124], le Tribunal fédéral semble prêt à l'entretenir.

Ce bref survol d'une activité séculaire montre que le législateur, s'il s'est parfois laissé guider par l'harmonisation internationale (conventions de droit uniforme) ou européenne (notamment, protection des consommateurs ou des travailleurs) obéit le plus souvent, et c'est bien naturel, à des impératifs et une inspiration internes. Sécurité juridique, besoin de protection de la partie supposée faible ou nécessité de mettre de l'ordre dans des dispositions éparses[125], telles ont été les motivations principales des interventions du législateur.

B. Ce qu'il pourrait faire

Quels sont les apports possibles de l'harmonisation internationale au législateur suisse en matière de droit des obligations ? Les points de vue extérieurs ont servi de révélateur des insuffisances du droit suisse des obligations décrites dans la deuxième partie[126]. Il paraît naturel de s'inspirer de ces mêmes instruments internationaux[127] pour proposer des remèdes aux maux dont le droit suisse des obligations est atteint.

---

121 Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP) du 18 juin 1993, entrée en vigueur le 1er janvier 1994, RS 221.112.944, FF 1993 I 757, 833 et 928, FF 1992 V 413 ; Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993, entrée en vigueur le 1er juillet 1994, RS 944.3, FF 1993 I 757.

122 Voir la liste établie par Probst, p. 24.

123 ATF 129 III 335 c. 6 ; confirmé par l'ATF 130 III 182 c. 5.5 ; voir aussi ATF 132 III 32 c. 4.1.

124 Voir les conclusions pessimistes de Bernd Stauder dans le présent ouvrage.

125 Une motivation qui aurait dû conduire à ne pas abandonner l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile. Je renvoie, sur ce point, à la contribution de Pierre Tercier au présent ouvrage.

126 Voir *supra*, II.B.

127 Sur la fonction de modèle des « Principes » dans la modernisation des droits nationaux des contrats, cf. par exemple Dutoit, p. 378 s.

Après avoir constaté que la partie spéciale du Code des obligations ignore les contrats de services de durée, la question se pose : faut-il « nommer » un nouveau contrat ? Le législateur de 1947, constatant que les règles du mandat ne visaient pas les rapports de droit durables[128], a introduit le contrat d'agence. Il ne me paraît pourtant pas opportun de suivre cet exemple et d'introduire le contrat de services de durée dans la deuxième partie du CO.

Le besoin des partenaires à de tels contrats est double. D'une part, il leur faut un modèle pour le cas où ils n'auraient pas réglé toutes les questions qui se posent. D'autre part, il convient de protéger la partie plus faible ou inexpérimentée. Etant donné la diversité des contrats de services imaginables, il paraît difficile de prévoir un nouveau contrat nommé. Des dispositions adéquates de la partie générale sur l'inexécution et la fin des contrats de durée devraient suffire à combler une réglementation conventionnelle lacunaire. En ce qui concerne la protection de la partie faible ou inexpérimentée, il s'agit essentiellement d'un problème de conditions générales, le cas échéant, abusives. Il est renvoyé sur ce point aux réflexions de B. Stauder qui appelle de ses vœux – et depuis fort longtemps – un contrôle des conditions générales en Suisse, comme dans les pays qui nous entourent[129]. La transposition volontaire de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation de 1993[130] serait de nature à résoudre ces problèmes. Je n'y reviens pas.

Le remède proposé pour remédier aux insuffisances relevées ne consiste donc pas à introduire un nouveau contrat nommé dans la deuxième partie du Code des obligations, mais à compléter les règles de la partie générale. Cette dernière section sera consacrée aux améliorations souhaitées sur trois points : les sanctions de l'inexécution des contrats, la fin des contrats de durée et, pour terminer, la prescription.

L'inexécution des contrats

Un système centré sur l'obligation, qui envisage deux hypothèses principales d'inexécution – l'impossibilité d'exécution (voir les art. 97 al. 1 et 119 CO) et l'exécution tardive (art. 102 ss CO) – et qui ne prévoit que deux moyens à disposition du créancier (les dommages-intérêts et la résolution), mérite un élargissement sur deux points.

---

128 Voir *supra*, n. 104.

129 Voir la contribution de Bernd Stauder, II.B (et n. 60).

130 Cf. Directive 93/13/CEE du 5.4.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 95/29 du 21.4.1993.

Il convient tout d'abord de dépasser l'inexécution de l'obligation pour passer à celle du contrat[131]. Un contrat comporte généralement plusieurs obligations – qu'elles soient en rapport d'échange ou non. Il importe donc de régler de manière générale les conséquences de l'inexécution non seulement sur l'obligation affectée, mais également sur le contrat dans son ensemble.

Il faut, en second lieu, changer l'angle de vue. Au lieu d'insister sur les différentes hypothèses d'inexécution, il est préférable d'élaborer un système général de moyens à disposition du créancier, quitte à définir les conditions spécifiques à chaque moyen. La trilogie impossibilité – retard – mauvaise exécution (ou, pire, « violation positive du contrat ») a fait son temps. Cela a été abondamment démontré ailleurs[132]. Il faut lui préférer un état de fait unique, celui de contravention au contrat (ou d'inexécution) faisant naître une série de prétentions en faveur de la partie lésée. Plus de vaines tergiversations sur les conséquences de la livraison d'un chariot élévateur avec commande manuelle au lieu d'une commande automatique ou d'une Jaguar 1963 au lieu d'une Jaguar 1964[133]. La livraison d'une pomme au lieu d'une poire (*aliud*) ne mérite pas d'être traitée différemment de la livraison d'une pomme pourrie (au sens de l'art. 197 CO)[134].

Le catalogue des moyens distinguera entre les moyens soumis à une contravention simple au contrat (la réduction de la contre-prestation ou la réparation lorsqu'elle est envisageable)[135] et ceux, comme le remplacement complet de la prestation ou la résolution du contrat[136], qui supposent une contravention qualifiée. Ces derniers moyens seront soumis soit à une vio-

---

131 Le terme « inexécution » est entendu au sens large dans lequel l'envisagent les Principes d'Unidroit à l'art. 7.1.1, « y compris l'exécution défectueuse ou tardive » et les Principes Européens, dont le chapitre 8 sur « Inexécution et moyens en général » vise en son article 8.101(1) le cas où « une partie n'exécute pas une obligation résultant du contrat ». Comme l'indique le commentaire, cette disposition couvre l'exécution défectueuse, ainsi que la mauvaise exécution quant au temps et la violation de devoirs accessoires : PECL 8 :101 Com. A. Les instruments internationaux fondent en effet les sanctions de la violation du contrat sur un état de fait unique, celui de la violation de l'une quelconque des obligations résultant du contrat ou de la loi (voir les art. 45(1) et 61(1) CVIM et art. 7.1.1 PU).

132 Par ex., CR CO I-Thévenoz, Intro. art. 97-109 N 2 ss et réf. cit. n. 2, CO 97 N 4 ss ; Schwenzer, N 60.01 ss. Sur la modification récente du BGB dans le sens préconisé ici, cf. Morin (Inexécution), 357 n. 30. Voir toutefois l'appréciation plus positive de Gilles Petitpierre (Responsabilité pour inexécution), *passim*.

133 ATF 121 III 453, JdT 1997 I 199 ; ATF 91 II 344, JdT 1966 I 530 ou ATF 94 II 26 c. 2a, JdT 1969 I 322. Cf. Schönle, CO 185 N 82 ; CR CO I-Venturi, Intro. art. 197-210 N 24 ss et réf. cit. Critique à l'égard de la jurisprudence récente : Schwenzer, N 8.07. Sur l'ensemble de la controverse, voir Koller, *passim ;* Kramer, *passim*.

134 Si l'hypothèse du retard n'était pas traitée spécifiquement dans les règles générales aux art. 102 ss CO, rien n'empêcherait, à l'art. 197 al. 1 CO, d'interpréter la notion de qualité promise de manière à y englober la livraison d'une chose autre que celle promise.

135 Voir les art. 50 et 46(2) CVIM. Possibilité d'exiger la réparation pour autant notamment que cela ne comporte pas pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables : art. 9 :102(2) PE.

136 Art. 46(3) et 49 CVIM.

lation grave des obligations, soit au non respect d'un délai pour remédier au problème. Il conviendra également de régler de manière générale le rapport entre l'indemnisation du dommage et les autres moyens[137], objet de débats compliqués en droit suisse, la solution n'étant pas nécessairement la même selon le contrat en question[138].

La réflexion sur les moyens en cas d'inexécution pourrait s'étendre à une éventuelle obligation de restituer les profits illégitimes tirés de l'inexécution d'un contrat[139]. Il s'agit d'une sanction que les Principes avait aussi imaginée comme conséquence de la violation d'un devoir de confidentialité lors des négociations (art. 2.1.16 PU, art. 2:302 PE). Les propositions déjà mentionnées, dont celles de A. C. Bürgi-Wyss[140], pourraient trouver un certain écho dans ce cadre.

En outre, il conviendrait de corriger la solution, inopportune en pratique, de l'extinction de l'obligation en cas d'impossibilité subséquente non fautive (art. 119 al. 1 et 2 CO). L'extinction pure et simple de l'obligation est drastique et ne résout pas les cas fréquents d'un empêchement non définitif. La réglementation devrait porter sur les points suivants : définition du cas de force majeure (de l'empêchement), exonération limitée à l'obligation d'indemniser (maintien des autres moyens, notamment de la résolution), exonération temporaire en cas d'empêchement non définitif, possibilité pour une partie (voire les deux) de résoudre le contrat, obligation de notifier le cas de force majeure (l'empêchement)[141].

Au chapitre de l'inexécution, on pourrait songer, pour terminer, à biffer le mot « impossible » de l'art. 20 al. 1 CO dont le texte devrait se lire comme suit : « Le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs ». L'impossibilité affectant l'objet du contrat est, en réalité, un problème d'exécution et non de validité du contrat, comme l'ont reconnu les Principes internationaux[142]. La modification proposée est simple et ne supposerait même pas une adaptation des art. 97 ss CO.

Les exemples de codifications modernes ne manquent pas[143]. Laissons-nous donc inspirer, comme d'autres législateurs avant nous[144] !

---

137 Les moyens sont clairement alternatifs dans les instruments internationaux : art. 45(2) et 61(2) CVIM, art. 7.4.1 PU, art. 8:101-8:102 PE.

138 Pour la vente : CR CO I-Venturi, Intro. art. 197-210 N 14-17. Solution différente pour le contrat d'entreprise du fait de l'art. 368 al. 1 et 2 CO : CR CO I-Chaix, CO 368 N 4, N 56 ss.

139 Voir *supra*, n. 73.

140 Cf. *supra*, n. 81.

141 Art. 79 CVIM, art. 7.1.7 PU, art. 8:108 PE.

142 Art. 3.1(b) PU et art. 4:101 PE. A ce sujet, voir Chappuis (Compatibilité du droit suisse), p. 317 s., 329 ss ; Schwenzer, N 32.34, 64.03.

143 Chapitre 7 des Principes d'Unidroit ; Chapitres 8 et 9 des Principes Européens ; art. 35-44, 45-52, 61-65, ainsi que 25 et 74-77 et 79 CVIM.

144 Voir les exemples cités par Dutoit, p. 388 ; Kramer (RDS 2005), p. 424 s. ; Widmer, N 56-57.

La fin des contrats de durée

L'absence de toute règle sur la fin des contrats dans une partie générale exclusivement fondée sur l'obligation apparaît comme un manque grave pour tout contrat innommé. Les règles déjà inventées par la jurisprudence mériteraient une consécration légale et quelques développements.

La première règle doit poser le principe général de la finitude des contrats, tel qu'exprimé par l'art. 6:109 PE : « *Chacune des parties peut résilier un contrat à durée indéterminée en notifiant un préavis de durée raisonnable* »[145].

La possibilité développée par la jurisprudence[146] de mettre fin sans délai à un contrat en cas de justes motifs mérite d'être introduite dans la partie générale. Les conséquences d'une résiliation injustifiée devraient également être prévues. Il conviendrait à mon avis de partir de la présomption qu'une résiliation injustifiée met effectivement fin au contrat, mais oblige à indemniser l'autre partie (sur le modèle des art. 337b ss CO, et non des règles du bail)[147]. S'agissant en effet de services, il paraît difficile de forcer les parties à rester liées dans un rapport dont l'une d'elles ne veut plus. La proximité avec le contrat de travail constitue ici un point de comparaison intéressant. C'est aussi la solution qu'adoptent les modèles CCI de contrat d'agence et de distribution exclusive[148].

Une règle supplétive serait utile pour déterminer les effets de la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée. Le contrat doit-il être reconduit pour une période de même durée que la période initiale, reconduit d'année en année[149] ou se transforme-t-il en un contrat à durée indéterminée (solution pour les contrats de bail et de travail)[150] ? La transformation en un contrat à durée indéterminée qui peut être dénoncé moyennant un préavis de durée raisonnable représente une solution équilibrée, moins contraignante que la reconduction pour une nouvelle période de même durée (qui peut être relativement longue).

La règle sur la possibilité de mettre fin à un contrat de durée indéterminée mériterait d'être fixée de manière impérative dans la partie générale, de même que la possibilité de résilier pour de justes motifs. Il n'est cependant pas nécessaire de définir les justes motifs (cf. l'art. 545 al. 1 ch. 7 CO pour la société simple), dans la mesure où il doit être clair que n'importe quel motif

145 Cf. aussi, l'art. 5.1.8 PU.

146 Voir *supra*, n. 44.

147 Voir *supra*, n. 46 ss.

148 Art. 20.6 du Contrat modèle ICC d'agence commerciale (ICC publication N° 644), art. 20.6 du Contrat modèle ICC de concession commerciale (ICC publication N° 646).

149 Pour le contrat d'agence : art. 418p al. 2 CO.

150 Bail : art. 266 al. 2 CO ; travail : art. 334 al. 2 CO.

ne saurait être qualifié de «juste» si l'on veut éviter une remise en cause du principe de la force obligatoire des contrats.

Il suffirait en somme de quatre règles dans la partie générale, dont deux de nature impérative, pour faciliter la réglementation de la fin des contrats de durée non nommés.

La prescription

Le délai de dix ans est trop long. Le délai d'un an est trop court. Pour éviter celui prévu à l'art. 67 CO, la jurisprudence a inventé toutes sortes de constructions, dont celle aujourd'hui largement admise de la restitution réciproque des prestations effectuées sur la base d'un rapport de liquidation d'ordre contractuel[151]. Pour clarifier les choses et faciliter l'utilisation de l'instrument fondamental qu'est la prescription, l'ensemble des règles y relatives méritent également d'être revues. Il n'est cependant pas nécessaire de tout réinventer. Les Principes internationaux ont défriché le terrain. Le législateur de la réforme du BGB a, quant à lui, fait passer la prescription générale de trente à trois ans[152]. La proposition faite par P. Loser-Krogh à cet égard mérite d'être évoquée[153]. Cet auteur a notamment relevé le caractère dispersé des règles sur la prescription, les délais trop courts, la différence entre la responsabilité extracontractuelle et contractuelle du point de vue de la prescription. Et plaidé pour un délai de prescription unique – applicable à toutes les créances – de trois ans dès la connaissance du droit (délai relatif) et de dix ans dès l'exigibilité (délai absolu), sur le modèle des Principes Européens.

Appréciation des solutions proposées

La proposition faite ici pour résoudre les problèmes lancinants posés par les contrats de services de durée fait uniquement appel à la partie générale. Au chapitre de la partie spéciale, il suffirait de reconnaître que les services indépendants de durée échappent tant à la réglementation du contrat de travail à cause de l'indépendance du prestataire de service qu'à celle des contrats d'entreprise et de mandat du fait qu'il s'agit d'un contrat de durée. Ce contrat *sui generis* serait donc soumis aux règles élaborées par les parties en vertu de leur autonomie privée et, en cas de lacune, aux règles (souhaitables) de la partie générale du Code des obligations sur l'inexécution des contrats et la fin des contrats de durée. La combinaison des propositions sur ces deux points suffirait à offrir le cadre juridique clair nécessaire à la poursuite du développement des services en droit suisse des obligations.

---

151 Voir la Leçon de Gilles Petitpierre dans le présent ouvrage, 2.a.

152 § 195 BGB.

153 Cf. *supra*, n. 65.

A qui regretterait la possibilité réservée impérativement aux deux parties de mettre fin en tout temps à un contrat de services sur la base de l'art. 404 al. 1 CO, l'on répondra que le problème n'a en réalité pas trait à la réglementation de la fin du contrat, mais plutôt à la protection nécessaire d'une partie. Une protection contre des clauses abusives s'impose dans ce cadre comme ailleurs[154]. Qu'on puisse mettre fin à un contrat de gérance immobilière moyennant, par exemple, un délai de trois mois pour une échéance annuelle n'est pas gênant, tant que reste réservée la possibilité d'y mettre fin immédiatement en cas de justes motifs et que le client est protégé contre des clauses éventuellement abusives.

Les propositions qui précèdent sont en heureuse harmonie avec une réflexion forte de celui que nous voulons honorer par le présent ouvrage, selon lequel une partie générale cohérente et suffisamment développée suffit à résoudre la majorité des problèmes contractuels.

IV. Conclusion

La présente analyse, fondée sur des textes internationaux, est révélatrice des défauts des règles suisses. La jurisprudence peut, certes, colmater les brèches là où cela paraît nécessaire. Toutefois, il est temps de redonner aux juristes de Suisse et d'ailleurs le goût du droit suisse des obligations, dans un contexte de concurrence favorisé par des instruments juridiques modernes.

Indépendamment d'un éventuel besoin de protection, la sécurité juridique exige aujourd'hui une clarification des règles sur l'inexécution des contrats, la fin des contrats de durée et la prescription. Les dispositions générales du Code des obligations, complétées par un nouveau Titre VI sur l'inexécution et la fin des contrats de durée ainsi qu'une révision des règles sur la prescription, permettraient de satisfaire cet impératif fondamental de sécurité juridique.

Le phénomène d'harmonisation internationale est en marche. On me permettra de douter que le droit suisse puisse rester à l'écart. Muse, ne serais-tu pas assez puissante pour inciter le législateur helvétique à agir ? Une solution alternative a été proposée par celui auquel ces lignes sont respectueusement destinées : qu'un groupe de juristes s'attelle à un *Restatement* de la partie générale du Code des obligations pour lui redonner sa cohérence perdue et, au besoin, la compléter. Un remède élégant à l'indifférence dont semble souffrir la muse.

[154] Voir plus haut, n. 129 et 130.

Ouvrages cités

Académie des privatistes européens / Gandolfi Giuseppe (édit.), *Code européen des contrats*, Avant-projet, Livre premier, 2e éd., Milan 2004 (cité : Code européen des contrats)

Amstutz Marc / Pichonnaz Pascal / Probst Thomas / Werro Franz, *Droit privé européen, Directives choisies*, Berne 2005 (cité: Directives choisies)

Basedow Jürgen, « Conclusions : Du Code Napoléon à la codification européenne – 100 ans de codification à la lumière de ses fonctions », in Dunand Jean-Philippe / Winiger Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 303-328 (Codification)

Basedow Jürgen, « Uniform law Conventions and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », Revue de droit uniforme 2000-1 129-139 (cité : Uniform law)

Bürgi-Wyss Alexander Christoph, *Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäfsführung ohne Auftrag*, thèse, Zürcher Studien zum Privatrecht 191, Zurich, etc. 2005

Chappuis Benoît, « Des mandats de durée déterminée *de lege ferenda* », in Héritier Lachat Anne / Hirsch Laurent (édit.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 359-368 (cité : Restitution)

Chappuis Christine, « Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux : Que vaut Médor ? », in Chappuis Christine / Winiger Bénédict (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 15-37 (cité : Animaux)

Chappuis Christine, « La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 305-340 (cité : Compatibilité du droit suisse)

Chappuis Christine, « L'intervention du tribunal dans le contrat, Convergence entre les Principes Unidroit et le droit suisse », in *Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Paris (Litec) 2004, p. 53-69 (cité : Intervention du tribunal)

Chappuis Christine, « Enrichissement illégitime : entre contrat et gestion d'affaires », in Blanc Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 25-50 (cité : Enrichissement illégitime)

Chappuis Christine, « La restitution des profits illégitimes, Le retour », in Héritier Lachat Anne / Hirsch Laurent (édit.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 341-348 (cité : Restitution)

Chappuis Christine, « La remise du gain : les temps sont mûrs », in Werro Franz (édit.), *Questions fondamentales du droit de la responsabilité civile,* Berne 2002, p. 51-77 (cité : Remise du gain)

Chappuis Christine, *La restitution des profits illégitimes, Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse,* thèse Genève, Bâle et Francfort-s-l-Main 1991 (cité : Profits illégitimes)

Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Lando Ole / Beale Hugh (édit.), La Haye, Londres, Boston (Kluwer) 2000 (cité : PECL (art.) Com. ou PECL (art.) Notes)

Corboz Bernard, « La réception du contrat par le juge : La qualification, l'interprétation et le complètement », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 269-287 (cité : Réception du contrat)

Dessemontet François, « Les contrats de services », *RDS* 1987 II 93-224

Dutoit Bernard, « Le droit des contrats face à la globalisation des relations humaines », in *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, *Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich 2004, p. 379-393

Farnsworth Allan E., « Modernization and Harmonization of Contract Law : an American Perspective », *Revue de droit uniforme*, VIII/2003-1/2, p. 97-106

Fontaine Marcel, « Le processus de formation du contrat dans tous ses états », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 227-255 (cité : Processus de formation du contrat)

Furrer Andreas (édit.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Berne 2006

Gandolfi Giuseppe, « Le Code européen des contrats », in Dunand Jean-Philippe / Winiger Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 275-285 (cité : Code européen)

Gauch Peter, « Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR. Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts », *RSJ* 2005 520-525 (cité : Auftrag)

Gauch Peter, « Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge », in Gauch/Schmid, *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Zurich 2001, p. 209 ss (cité : Auslegung)

Gauch Peter, *Le contrat d'entreprise*, adaptation française par Benoît Carron, Zurich 1999 (cité : Contrat d'entreprise)

Haas Josiane, *La responsabilité de l'entreprise en Europe : Un droit unique pour le Marché unique ?*, Droit privé européen 2, thèse de Fribourg, Berne, Bruxelles 2004

Honnold John O., *Uniform Law for International Sales*, 3e éd., La Haye (Kluwer Law International) 1999

Hofstetter Josef, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in Schweizerisches Privatrecht VI/6, 2e éd., Bâle 2000

Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3e éd., Bâle, Genève, Munich 2003, (cité : BSK OR I-Auteur).

Jamin Christophe / Mazeaud Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris (Economica) 2001

Kadner Graziano Thomas, « Le futur de la codification du droit civil en Europe : Harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau code ? », in Dunand / Winiger (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 256-274 (cité : Futur de la codification)

Kadner Graziano Thomas, « L'européanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas », *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE/SZIER)* 2004 233-254 (cité : Européanisation du droit privé)

Kenfack Douajni Gaston, « La vente commerciale OHADA », *Revue de droit uniforme*, VIII/2003-1/2, p. 191-200

Koller Thomas, « Aliud und peius : wirklich überholt ? – oder : Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben », in *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, Bâle 2004, p. 531-550

Kramer Ernst A., « Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Begin des neuen Jahrhunderts », *Revue de droit suisse* 2005 I 421-433 (cité : RDS 2005)

Kramer Ernst A., « Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf », *recht* 1997 78-83 (cité : Aliud)

Laithier Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris (LGDJ) 2004

Leuenberger Chrisoph, « Dienstleitungsverträge », *RDS* 1987 II 7-92

Loser-Krogh Peter, « Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung », *RDS* 2003 II 127-233

Marchand Sylvain, « Le juge face à la résiliation douteuse d'un contrat de distribution exclusive », in Blanc Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 95-115

Morin Ariane, « Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB », *RDS* 2005 I 349-382 (cité : Inexécution)

Morin Ariane, « La jurisprudence du Tribunal fédéral publiée depuis 1994 en matière de mandat », in Blanc Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 117-162 (cité : Mandat)

Petitpierre Gilles, « La responsabilité pour inexécution : dépassée ou avant-gardiste ? », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 257-268 (cité : Responsabilité pour inexécution)

Petitpierre Gilles, « Absence de cause et enrichissement illégitime : pour un retour aux sources », in *Mélanges Grossen*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, (Helbing & Lichtenhahn) 1992, p. 315-324 (cité : Enrichissement illégitime)

Probst Thomas, « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrecht auf das schweizerische Privatrecht », in Werro Franz / Probst Thomas, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Bern 2004, p. 13-44

Schlechtriem Peter / Schwenzer Ingeborg (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 4e éd., Munich (Beck) 2004 (cité : CISG Ko-Auteurs)

Schluep Walter R., « Über Eingriffskondiktionen », in *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 173-213

Schönle Herbert, *Zürcher Kommentar V/2a, 1993, Art. 184-191 CO*, 3e éd., Zurich 1993.

Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3e éd., Berne 2003

Stauder Bernd, « L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse » in *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. 75-104 (cité : Questions actuelles)

Tercier Pierre, *Les contrats spéciaux*, 3e éd., Zurich, Bâle, Genève 2003

Thévenoz Luc / Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : CR CO I–Auteur)

Thévenoz Luc, « Fragments de conclusions générales », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 375-382 (cité : Fragments de conclusions)

Vuilléty Jean-Paul, « Résiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit suisse : poursuite ou fin du contrat ? », *SJ* 2003 II 91-113

Werro Franz / Probst Thomas, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004

Werro Franz, « L'unification du droit privé en Europe : une question de légitimité culturelle », in Dunand Jean-Philippe / Winiger Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 287-301 (cité : Unification du droit privé)

Werro Franz, « Vers un code européen des contrats ? », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 341-359 (cité : Code européen)

Werro Franz, « La responsabilité du vendeur dans le commerce international et dans le marché intérieur européen », SJ 2002 II 289-323 (cité : Responsabilité du vendeur)

Widmer Pierre, « Les Principes UNIDROIT, Une nouvelle forme de 'Codification' au niveau transnational », in Dunand Jean-Philippe / Winiger Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 235-256 (cité : Codification)

Witz Claude / Schneider Winfried-Thomas, « Zwölf Jahre Anwendung des Wiener Übereinkommens über den internationalen Warenkauf in Frankreich », in *http://20.cisg.info/witz.html*

Wyler Rémy, *Droit du travail*, Berne 2002